

**DAS RECHT DES KASSENPATIENTEN AUF
ÄRZTLICHE VERSCHWIEGENHEIT
IM GESETZLICHEN
KRANKENVERSICHERUNGSSYSTEM**

Kurt Holert
—

1902
—

Aus dem Institut für Rechtsmedizin der Universität München

Direktor: Prof. Dr. med. W. Spann

DAS RECHT DES KASSENPAIENTEN AUF
ÄRZTLICHE VERSCHWIEGENHEIT
IM GESETZLICHEN
KRANKENVERSICHERUNGSSYSTEM

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde in der gesamten Medizin
an der Ludwig Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Kurt Holert

aus Ansbach

München 1982

Mit Genehmigung der Medizinischen Fakultät
der Universität München

Berichterstatter: Prof. Dr. E. Liebhardt

Mitberichterstatter: Prof. Dr. W. Spann

Dekan: Prof. Dr. W. Spann

Tag der mündlichen Prüfung: 13.5.1982



Inhaltsverzeichnis

I.	<u>Einleitung</u>	- 1 -
II.	<u>Überblick über die Entwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung</u>	
	1. Von den Anfängen bis 1918	- 2 -
	2. Die Zeit von 1918 bis 1945	- 4 -
	3. Die neuere Entwicklung	- 4 -
III.	<u>Beziehungen der am gesetzlichen Krankenversicherungssystem Beteiligten untereinander</u>	- 6 -
	1. Beziehung Versicherter - gesetzliche Krankenversicherung	- 7 -
	2. Beziehung Kassenarzt - gesetzliche Krankenversicherung	- 9 -
	3. Beziehung Kassenarzt - Kassenpatient	- 10 -
IV.	<u>Die ärztliche Schweigepflicht</u>	
	1. Historischer Überblick	
	a) Schweigepflicht in der Standesethik	- 12 -
	b) Gesetzliche Schweigepflicht	- 14 -
	2. Die ärztliche Schweigepflicht gemäß § 203 StGB	
	a) Zur Neuregelung	- 17 -
	b) Rechtliche Grundlagen	
	aa) Ausdruck des Persönlichkeitsrechts	- 18 -
	bb) Das Rechtsgut des § 203 StGB	- 19 -
	c) Der objektive Tatbestand der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht	- 20 -
	aa) Das Geheimnis	- 21 -
	bb) Das Berufsgeheimnis	- 22 -
	cc) Die Offenbarung	- 23 -

V.	<u>Die Befugnis zur Offenbarung</u>	- 23 -
1.	Die Zustimmung	- 24 -
a)	Einwilligungsfähigkeit	- 24 -
b)	Die konkludent erteilte Einwilligung	- 25 -
c)	Die mutmaßliche Einwilligung	- 28 -
d)	Ergebnis	- 28 -
2.	Auskunftspflicht des Arztes auf Grund eines Gesetzes	
a)	Allgemeine Grundsätze	- 29 -
b)	Überblick über die gesetzlichen Anzeigepflichten des Arztes	- 30 -
aa)	Anzeigepflicht nach §§ 138, 139 StGB	- 30 -
bb)	Anzeigepflicht aus gesundheitspolitischen Gründen	
1.)	BSeuchG	- 31 -
2.)	GeschlKrG	- 31 -
cc)	weitere gesetzliche Offenbarungspflichten	- 32 -
c)	Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes und Beschlagnahmeverbot	- 33 -
aa)	Zeugnisverweigerungsrecht	- 33 -
bb)	Beschlagnahmeverbot	- 34 -
d)	Auskunftspflicht des Arztes nach der RVO	- 34 -
aa)	Auskunftspflicht gemäß § 1543 d RVO	- 35 -
bb)	Auskunftspflicht nach dem Kassenarztrecht	
1.)	gemäß § 368 Abs. 2 RVO	- 37 -
2.)	gemäß § 368 g RVO in Verb.m. §§ 2, 21, 30 BMV-A	- 38 -
cc)	Ergebnis	- 39 -
3.	Offenbarungsbefugnis des Arztes nach den Grundsätzen der Interessenabwägung	- 39 -
4.	Offenbarung gegenüber anderen Schweigepflichtigen	- 41 -

VI.	<u>Die Zustimmung zur Mitteilung an die gesetzliche Krankenversicherung als Mitwirkung des Leistungsberechtigten nach dem SGB</u>	
1.	Ziel des SGB	- 42 -
2.	Die sozialen Rechte	- 42 -
3.	Die Mitwirkungspflichten als soziale Pflichten	
a)	Die Begründung der Mitwirkungspflichten	- 43 -
b)	Die Rechtsnatur	- 44 -
4.	Die Mitwirkung im einzelnen	
a)	Die gesetzliche Grundlage	- 46 -
b)	Die Form der Zustimmung	- 49 -
c)	Umfang der Zustimmung	- 49 -
d)	Schlußfolgerung	- 52 -
VII.	<u>Vorschlag</u>	- 52 -
VIII.	<u>Zusammenfassung</u>	- 53 -
	<u>Fußnotenverzeichnis</u>	- 56 -
	<u>Literaturverzeichnis</u>	- 68 -

I. Einleitung

Nicht geändert hat sich im Laufe seiner langen geschichtlichen Entwicklung das Wesen der Arzt-Patienten-Beziehung. In seiner Not offenbart der Kranke all seine persönlichen Probleme, seine Beschwerden und Schwächen, Ängste und Fehler dem Arzt, um Hilfe und Heilung zu erlangen. Nur tiefes Vertrauen in die Verschwiegenheit des Arztes kann diesen Prozeß in Gang bringen.

Geändert hat sich, besonders im letzten Jahrhundert, die soziale Sicherung im Krankheitsfall, die dem Kranken die finanzielle Belastung seiner Situation in immer umfangreicherem Maße erleichtert. Ein Netz von Maßnahmen, von der Früherkennung von Krankheiten über Heilmaßnahmen, Krankengeld, Mutterschafts- und Familienhilfe bis hin zur Rehabilitation, stellt das gesetzliche Krankenversicherungssystem zur Verfügung, dem inzwischen der größte Teil der Bevölkerung der Bundesrepublik angehört. Die Solidargemeinschaft der Versicherten kommt für die Ansprüche des einzelnen Versicherten auf.

Um diese System funktionsfähig zu erhalten, ist eine Kontrolle der Leistungsberechtigung unumgänglich. Die gesetzlichen Krankenversicherungen beanspruchen zu diesem Zweck ein hohes Maß an Auskünften von dem Arzt, das diesen zwangsläufig mit seiner beruflichen Schweigepflicht in Konflikt bringt und das Vertrauensverhältnis als Basis der Arzt-Patienten-Beziehung beeinflussen kann.

Mit dieser Arbeit soll versucht werden, die Konfliktsituation zwischen den kollidierenden Interessen der gesetzlichen Krankenversicherungen und des Kassenpatienten um die Wahrung des Patientengeheimnisses zu skizzieren, die Bedeutung der ärztlichen Schweigepflicht im heutigen Rechtsleben darzustellen und eine Lösungsmöglichkeit anzudeuten, die die gesetzliche Krankenversicherung durch ausreichende Kontrolle des Leistungsbegehrens funktionsfähig erhält und dabei dem Patienten größtmöglichen Schutz seiner privaten Geheimsphäre gewährt, im Interesse der Würde des Einzelnen und im Interesse der Allgemeinheit am ungestörten Vertrauen des Patienten zum Arzt zum Wohl der öffentlichen Gesundheit.

II. Überblick über die Entwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung

1.) Von den Anfängen bis 1918

Die Entwicklung des Sozialversicherungswesens und damit auch die Entwicklung des Schutzes in Krankheitsfällen konnten das Verhältnis zwischen Arzt und Patient nicht unberührt lassen.

Das Arzt-Patientenverhältnis war noch bis zum Ende des 19. Jahrhunderts im wesentlichen von der Freiheit des Arztberufes geprägt und weitgehend frei von den Einflüssen Dritter, insbesondere des Staates.

Bewegungen in der Ärzteschaft in diesem Jahrhundert wie die Virchowsche Medizinalreform, die Gründung von Ärztevereinen und die Schaffung des Deutschen Ärztetages förderten die Eigenständigkeit und Freiheit des ärztlichen Berufes (1).

Der wirtschaftliche und soziale Wandel, die industrielle Entwicklung zum Ende des 19. Jahrhunderts, die eine immer breiter werdende Masse der Arbeiter den gewachsenen Strukturen der familiären Bindung und der nachbarschaftlichen Hilfe und der patriarchalischen Unterstützung und Versorgung bei Krankheit und im Falle der Arbeitsunfähigkeit entzog (2), wurde Anlaß zu einer Sozialgesetzgebung, die zunächst nur wenige "Hilfsbedürftige" betraf, im Laufe der Entwicklung aber immer grössere Kreise der Bevölkerung mit einbezog (3).

Die liberale Handhabung auch des Gesundheitswesens trat immer mehr in den Hintergrund zugunsten einer staatlichen Sozialpolitik.

Die "Magna Charta der neuen deutschen Sozialpolitik" (4) wurde die von Bismarck verfaßte "Kaiserliche Botschaft vom 17. November 1881" des damaligen Reichsoberhauptes Wilhelm I. In ihr wurde neben einer Unfall- und einer Alters- und Invaliditätsversicherung bereits eine Vorlage angekündigt, "welche sich eine gleichmäßige Organisation des gewerblichen Krankenkassenwesens zur Aufgabe stellt" (5).

Das "Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter" vom 15. Juni 1883 führte bereits die Grundzüge wie Versicherungspflicht, Sachleistungen und Krankengeld ein (6). Von diesem Gesetz wurde die Mehrzahl der gewerblichen Arbeiter und die Angestellten mit einem Jahresverdienst bis zu 2000 Mark erfaßt (7).

Die Organisation des gewerblichen Krankenkassenwesens ließ den Ärztestand nicht unberührt. Die Ärzte, die die kassenärztliche Versorgung durchführten, wurden von den Kassen ausgesucht, für einen bestimmten Bezirk eingesetzt, auf Privatdienstvertrag angestellt und gegen eine feststehende frei vereinbarte Vergütung tätig (8).

Diese völlige Abhängigkeit des Arztes von den Krankenkassen war für die Ärzte wenig attraktiv, ebensowenig waren die Versicherten mit der Unmöglichkeit, den Arzt frei wählen zu können, einverstanden.

Die Ausweitung der Krankenversicherung auf weitere Personen, so auf die Angehörigen des Transportgewerbes durch das Gesetz vom 28. August 1885, und auf die Arbeiter der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe durch das Gesetz vom 5. Mai 1886, führte zu einem größeren Interesse der Ärzte, Verträge mit den Kassen einzugehen, zumal sich die Krankenkassen auf Grund dieser Entwicklung veranlaßt gesehen hatten, eine freie Arztwahl für ihre Kassenpatienten zunächst zuzulassen.

Das "Krankenversicherungsgesetz" vom 10. April 1892 jedoch stellte insofern weitgehend wieder den früheren Zustand her, indem es die Kassen ermächtigte, die Ärzte wieder selbst auszusuchen, ihnen ihre Bedingungen vorzuschreiben und mit ihnen Dienstverträge nach dem bürgerlichen Recht abzuschließen (9).

Diese Macht, die damit den Krankenkassen zugebilligt war, mußte zu großen Spannungen mit der Ärzteschaft führen. Zum Kampf gegen die die Unabhängigkeit der frei praktizierenden Ärzte bedrohende Macht der Krankenkassen trat 1903 der Leipziger Verband, der spätere Hartmannbund, dem Ärztevereinsbund zur Seite (10). Er erhob folgende Forderungen (11):

1. unbeschränkte Zulassung jedes der Organisation angehörenden Arztes zur Kassenpraxis,
2. Ablösung der Einzelverträge durch einen mit der örtlichen Ärzteorganisation abzuschließenden Kollektivvertrag,
3. Honorierung der Ärzte nach Einzelleistungen,
4. Behandlungs- und Verordnungsfreiheit.

Der Gesetzgeber reagierte auf die Auseinandersetzungen zwischen Krankenkassen und Ärzteschaft zunächst nur mit einer dürftigen Regelung der Beziehungen zwischen beiden Parteien in der Reichsversicherungsordnung (RVO) vom 19. Juli 1911 (12).

Erst das auf Druck des Hartmannbundes zustandegekommene sogenannte Berliner Abkommen vom 23. Dezember 1913 bildete eine Ergänzung zum Zweiten Buch der RVO, das die Vorschriften über die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten

beinhaltet, die den ärztlichen Organisationen unter anderem die gleichberechtigte Mitwirkung bei der Auswahl der Kassenärzte und der mit ihnen zu vereinbarenden Bedingungen brachte (13).

2.) Die Zeit von 1918 bis 1945

Die Ausnahmeverhältnisse des Ersten Weltkrieges, Nachkriegszeit, Währungsverfall und Wirtschaftskrise kennzeichneten die Zeit bis 1933 und brachten dem Krankenversicherungsrecht eine Fülle von Änderungen (14) wie mehrfache Anhebung der Versicherungspflichtgrenze für Angestellte, Erweiterung der Krankenversicherungspflicht auf Angestellte der Erziehung, des Unterrichts, der Fürsorge, der Kranken- und Wohlfahrtspflege, Einführung eines Vertrauensärztlichen Dienstes, der von den Kassen durchzuführen war (15), Erweiterung der Leistungen der Mutterschaftshilfe und Familienhilfe, daneben aber auch vorübergehend - im Zeichen der Wirtschaftskrise - eine Krankenscheingebühr (16) und die Auszahlung des Krankengeldes erst vom vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit an (17).

Nach langen Jahren der harten Auseinandersetzungen, die zeitweise vom Streik der Ärzte begleitet waren (November 1923 bis bis Februar 1924) (18), erreichte der Hartmannbund 1931/32 die rechtliche Gleichstellung der Kassenärzte und ihrer kassenärztlichen Vereinigungen mit den gesetzlichen Krankenkassen (19). Eine entsprechende Neufassung der Vorschriften über die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Kassenärzten und ihren Vereinigungen, der §§ 368 ff RVO, wurde am 14. Januar 1932 erlassen (20). Dadurch wurde das Kassenarztrecht durchweg öffentlichrechtlicher Natur (21).

Auf dem Gebiet des Leistungsrechts der Krankenkassen brachten die Kriegsjahre wesentliche Verbesserungen wie z.B. Krankenpflege ohne zeitliche Begrenzung, Krankengeld bis zu 26 Wochen und nach satzungsrechtlicher Regelung bis zu 52 Wochen, Erweiterung der Mutterschafts- und der Familienhilfe, die Einbeziehung der Rentner in die Krankenversicherung (22) und den gemeinsamen Einzug der Beträge für Renten-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung durch die Krankenkassen (23).

3.) Die neuere Entwicklung

Die Krankenversicherung der Rentner erfuhr 1956 einen weiteren Ausbau, 1957 brachte das Lohnfortzahlungsgesetz eine Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall, seit 1970 ist auch für Arbeiter die Fortzahlung des Arbeitsentgelts durch den Arbeitgeber in den ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit wie bei den Angestellten verwirklicht.

Als weitere wesentliche Erweiterung des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung seien noch erwähnt (24): Früherkennungsuntersuchungen, Ansprüche auf unbefristeten Krankenhausaufenthalt, auf Haushaltshilfe und auf Krankengeld bei Freistellung von der Arbeit zur Betreuung eines kranken Kindes, Leistungen im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Empfängnisregelung (25).

Auf dem Gebiet des Kassenarztrechts trat mit dem Gesetz über das Kassenarztrecht - GKAR - vom 17. August 1955 eine wesentliche Neuerung hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Krankenkassen und Ärzten in Kraft. Sein Kernstück ist die Einbeziehung des gesamten Kassenarztrechts in das Zweite Buch der RVO (§§ 368, 368 a-q).

In diesen Vorschriften werden die Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit, die Grundsätze für die kassenärztliche Tätigkeit (§§ 368 d-f), das Vertragswesen und das Schlichtungswesen (§§ 368 g-i), die Bildung von kassenärztlichen Vereinigungen und die Errichtung von Landes- und Bundesausschüssen der Ärzte und der Krankenkassen und deren Aufgaben (§§ 368 k-r) geregelt und besondere vertragliche Regelungen im Rahmen der Rehabilitation (368 s) getroffen (26).

Die für den Bereich jedes Landes von den Kassenärzten gebildeten kassenärztlichen Vereinigungen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, die nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung arbeiten (§ 368 k RVO).

Die RVO hat im Laufe der Zeit zahllose Änderungen erfahren, eine Reihe neuer Sozialleistungsbereiche sind hinzugekommen wie z.B. die Arbeitslosenversicherung und die Kriegsoferversorgung. Das Recht der sozialen Sicherung war für den Bürger zersplittert und unübersichtlich geworden (27). Diese wenig befriedigende Rechtslage zu verbessern dient die Zusammenfassung des Sozialrechts in einem neuen Sozialgesetzbuch (SGB) (28).

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung soll im Dritten Buch des neuen SGB geregelt werden. Bis zu seiner Einordnung in das SGB gilt die RVO neben anderen Gesetzen als Besonderer Teil des SGB (SGB Allgemeiner Teil, Art. II § 1 Nr. 4).

Der Allgemeine Teil des SGB zählt unter seinen Einweisungsvorschriften in Art. I § 21 Abs. 1 die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung im einzelnen auf und verweist dabei auf die entsprechenden Vorschriften in der RVO und dem Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte -KVLG-.

Wesentlich für das Verhältnis zwischen Sozialleistungsträger und Leistungsempfänger und somit für das Verhältnis zwischen gesetzlicher Krankenversicherung und dem Versicherten sind diejenigen Vorschriften des Dritten Abschnittes des Allgemeinen Teils des SGB, die für die Rechte und Pflichten in allen Sozialleistungsbereichen einheitlich gelten können (§§ 30 - 67 SGB-AT) (29).

War bisher die Mitwirkungspflicht des Leistungsberechtigten in den bisherigen sozialen Leistungsbereichen - wenn überhaupt - unterschiedlich und nicht mit der im Rechtsstaat gebotenen Klarheit umschrieben (30), so versucht das SGB mit den §§ 60 bis 67 des Allgemeinen Teils die sozialen Pflichten des Anspruchstellers als Mitwirkungspflichten zu regeln.

Um die Leistungsberechtigung festzustellen, ermittelt der Leistungsträger zwar von Amts wegen. Oft ist die Feststellung der erforderlichen Tatsachen jedoch ohne die Mitwirkung des Leistungsberechtigten nicht möglich, sodaß es in seinem Interesse liegt, solche Tatsachen anzugeben, Beweismittel vorzulegen und, was bei der Erörterung der ärztlichen Schweigepflicht noch eine erhebliche Rolle spielen wird, der Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte zuzustimmen, soweit ihm dies zumutbar ist und im Verhältnis zum Leistungsbegehren steht.

Dabei kommen in der Regel dem Leistungsträger Tatsachen zur Kenntnis, an deren Geheimhaltung der Bürger Interesse hat. Dem hat der Gesetzgeber mit einer Verpflichtung des Leistungsträgers zur Geheimhaltung in § 35 SGB-AT Rechnung getragen.

III. Beziehungen der am gesetzlichen Krankenversicherungssystem Beteiligten untereinander

Die gesetzlichen Krankenversicherungen haben heute einen maßgebenden nicht mehr hinwegzudenkenden Einfluß auf das Gesundheitswesen. Weitaus der größte Teil der bundesdeutschen Bevölkerung, etwa 89 % (31), unterliegen der gesetzlichen Krankenversicherung. Im April 1978 waren rund 20 Mio. Personen mit ihren 23,67 Mio. Familienmitgliedern und 9,56 Mio. Rentner in der sozialen Krankenversicherung versichert (32) und damit von den Regelungen der RVO betroffen. Sie stehen in definierten Beziehungen zu den gesetzlichen Krankenversicherungen und den sie behandelnden Kassenärzten. Für sie ist aus der ehemals rein privatrechtlichen Zweierbeziehung Patient-Arzt eine Dreiecksbeziehung (33) entstanden: Die gesetzlichen Krankenversicherungen haben sich als zahlende Dritte dazwischengeschoben (34).

1. Beziehung Versicherter - gesetzliche Krankenversicherung

Der Versicherte hat, sei es als Pflichtmitglied oder als freiwilliges Mitglied, einen Anspruch auf die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, wie sie in §§ 179 ff RVO aufgezählt sind, wie beispielsweise Krankenpflege und Krankenhauspflge, Mutterschafts- und Familienhilfe, Krankengeld und Sterbegeld.

Dabei dürfen bestimmte Leistungen, die Regelleistungen, von keiner Krankenkasse unterschritten werden, während es den einzelnen Kassen überlassen ist, durch ihre Satzung in einem gesetzlich bestimmten Rahmen Mehrleistungen, entweder als Pflicht- oder als Ermessensleistungen, festzusetzen (35).

Heute stehen im Vordergrund die Sachleistungen, wie z.B. Früherkennungsmaßnahmen, Krankenhilfe und Mutterschaftshilfe, während Geldleistungen wie Kranken- und Sterbegeld mehr in den Hintergrund getreten sind (36).

Um ihren Aufgaben aus den §§ 179 ff RVO nachkommen zu können, bedienen sich die gesetzlichen Krankenkassen hinsichtlich der Sachleistungen der kassenärztlichen Tätigkeit (§§ 368 ff RVO), deren Umfang gemäß § 368 g RVO durch schriftliche Verträge der kassenärztlichen Vereinigungen mit den Verbänden der Krankenkassen im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Richtlinien der Bundesausschüsse zu regeln ist.

Der Versicherte erhält also die Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung zum Teil nicht direkt durch diese, sondern unmittelbar vom Kassenarzt, z.B. bei Krankenhilfe und Mutterschaftshilfe, oder zumindest mittelbar durch den Kassenarzt durch Krankschreibung bei Arbeitsunfähigkeit.

Aus der Höhe der Beiträge der Versicherten ergibt sich das Leistungspotential der gesetzlichen Krankenkassen und folglich auch das Leistungsvolumen, das der einzelne Kranke beanspruchen kann (37).

Dieser Zusammenhang, der grundlegend für die Solidargemeinschaft der Krankenversicherten ist, scheint den Versicherten selbst aber nicht völlig bewußt zu sein. Bei einem Beitragssatz von durchschnittlich 11,3 % vom Einkommen, der sich für Arbeitnehmer am oberen Rand der Belastbarkeitsquote bewegt (38), fühlt sich der Versicherte berechtigt, die Leistungen der Krankenversicherungen intensiv zu beanspruchen. Dadurch, daß er die Leistungen des Arztes nicht unmittelbar selbst bezahlen muß oder - wie beim Kostenerstattungsprinzip - zumindest vorschies-

sen muß, werden ihm die durch ihn bewirkten Kosten auch kaum bewußt.

Ebensowenig läßt es die heutige Selbstverwaltungsstruktur der gesetzlichen Krankenversicherungen zu, daß sich eine Mitverantwortlichkeit des Versicherten oder ein Bewußtsein entwickeln kann, Versicherter einer Gemeinschaft zu sein, die zusammen für die Ansprüche des einzelnen aufkommt (39).

Nicht verwunderlich ist es daher, daß die Frage gestellt wird, ob die heute in der gesetzlichen Krankenversicherung herrschenden Versicherungsbedingungen den Menschen etwa das Ausweichen in die Krankheit allzusehr erleichtern, den Willen zum Kranksein allzusehr begünstigen (40).

Daß diese Problematik des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung in der aktuellen Gesundheitspolitik zunehmend Gewicht bekommt, geht auch daraus hervor, daß die Diskussion über die Selbstbeteiligung an der Krankenversicherung jetzt erneut an die Öffentlichkeit gebracht wird (41).

Einst hat der Patient, als er die Leistung des Arztes aus eigener Tasche honorieren mußte, auch selbst die Kontrollmöglichkeit über die Honorarforderung gehabt. Heute hat die gesetzliche Krankenversicherung ein Interesse daran, die Leistungsanforderungen an sie zu kontrollieren, ob sie den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen, d.h. ob überhaupt ein Versicherungsfall vorliegt, und ob gegebenenfalls die Leistungen zweckmäßig und wirtschaftlich waren (§ 368 g Abs. 1 RVO) und das Maß des Notwendigen nicht überschritten haben (§ 182 Abs. 2 RVO), um finanziellen Schaden von der Solidargemeinschaft der Versicherten durch unberechtigte Leistungsanforderungen fernhalten zu können.

Um eine solche Kontrolle durchführen zu können, verlangen die gesetzlichen Krankenversicherungen verschiedene Auskünfte, in jedem Fall die Personalien, weiter z.B. Diagnose, Befund oder Behandlungsmaßnahmen.

Dem Patient ist oft nicht bewußt, daß Tatsachen, die er dem Arzt bekannt gibt oder die sich aus der ärztlichen Behandlung ergeben, an die Krankenkassen weitergegeben werden. Bei vielen Krankheitsbildern, durch deren Bekanntwerden der Patient keine Nachteile für sich befürchtet, weil er sie für banal und nicht belastend hält, mag der Patient ein geringes Interesse an der Verschwiegenheit des Arztes haben.

Bei einer Umfrage (42) im Jahr 1972 bei 500 Kassenpatienten ergab sich, daß eine Mehrheit der befragten Versicherten sich bereits mit dem tatsächlichen Zustand abgefunden hatte: 47,1 % beziehen in den Kreis der Wissenden die Krankenkassen bereits selbstverständlich mit ein (43), 91,7 %

der Befragten waren überzeugt, daß die Diagnose der Krankenkasse mitgeteilt wird (44). Dabei machte die Weiterleitung der Diagnose 28,7 % der Patienten nichts aus, 12,7 % sehr viel, 53,8 % machte die Weiterleitung nur "in besonderen Fällen" etwas aus. Dabei wird die Diskrepanz zwischen dem eigentlichen Inhalt des Begriffs "Schweigepflicht" - nur der Arzt und der Patient erfahren etwas über die Erkrankung - und dem heutigen tatsächlichen Zustand - der Arzt, der Patient und die Krankenkasse erfahren etwas über die Erkrankung - noch herausgestellt, denn immerhin 59,9 % der Befragten äußerten den Wunsch nach einer Einspruchsmöglichkeit gegen die Weiterleitung der Diagnose an die Krankenkassen (45).

In diesen Untersuchungsergebnissen spiegelt sich die Problematik wider, die das gesetzliche Krankenkassensystem für die Schweigepflicht mit sich bringt: Auf der einen Seite steht der Patient, der über sein Recht auf Verschwiegenheit des Arztes gegenüber den Krankenversicherungen die Verfügungsmacht hat, auf der anderen Seite stehen die gesetzlichen Krankenkassen, die Daten, die dieser Verschwiegenheit unterliegen, vom Arzt anfordern, wofür sie als Berechtigung die Notwendigkeit der Kontrolle der Leistungsansprüche ansehen.

Die Qualität dieser kollidierenden Interessen, ihre möglichen rechtlichen Grundlagen und eventuellen Einschränkungen werden später eingehend zu erörtern sein. Es wird zu untersuchen sein, wie weit der Versicherte selbst auf Grund seines Anspruchsbegehrens verpflichtet ist, seinen Teil zum Funktionieren des gesetzlichen Krankenversicherungssystems beizutragen, indem er den Versicherungen Daten durch Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht zugänglich macht, die aus dem Bereich seiner geheimen Privatsphäre stammen.

2. Beziehungen Kassenarzt - gesetzliche Krankenversicherungen

Bei der im letzten Abschnitt beschriebenen Interessenkollision steht der Arzt im Angelpunkt. Er ist derjenige, an den sich der Patient in vollem Vertrauen auf seine Verschwiegenheit mit seinen Nöten und Schwierigkeiten wendet, von ihm verlangen nach der heutigen Praxis die gesetzlichen Krankenkassen eine stets steigende Zahl von Auskünften, die Tatsachen aus dem Privatbereich des Patienten betreffen.

Dabei steht der Kassenarzt nicht in direkter Verbindung zu den gesetzlichen Krankenversicherungen. Während früher die gesetzlichen Krankenkassen noch Einzelverträge mit jedem Kassenarzt abschlossen und so eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen beiden bestand, bestimmt das Kassenarzt-

recht heute (46), daß die kassenärztlichen Vereinigungen den Kassen gegenüber verpflichtet sind, die von den Kassenpatienten nachgesuchten ärztlichen Leistungen bereitzustellen (47).

Die zur Durchführung dieser Aufgabe abgeschlossenen Verträge schaffen für die Kassenärzte als Mitglieder der kassenärztlichen Vereinigungen - Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 368 k Abs. 3 RVO) - objektives Recht (48).

Dementsprechend erhalten die Kassenärzte ihr Honorar nicht von den gesetzlichen Krankenversicherungen, sondern jede Kasse stellt als Gegenleistung für die kassenärztliche Versorgung den kassenärztlichen Vereinigungen eine Gesamtvergütung zur Verfügung (49), die diese unter den Kassenärzten aufteilt (§§ 368 f und 368 n Abs. 4 RVO).

Eine ganz wesentliche Bestimmung enthält das Gesetz hinsichtlich der Überwachung der kassenärztlichen Tätigkeit: sie obliegt gemäß § 368 n Abs. 4 RVO den kassenärztlichen Vereinigungen. Die Kassenärzte kontrollieren sich also hinsichtlich der gesetz- und vertragsgemäßen Durchführung der kassenärztlichen Versorgung grundsätzlich selbst.

Bezüglich der Wirtschaftlichkeit der kassenärztlichen Versorgung errichten die kassenärztlichen Vereinigungen Prüfungs- und Beschwerdeausschüsse (§ 368 n Abs. 5 RVO).

Die gesetzlichen Krankenkassen wenden sich aber auch direkt an den Kassenarzt, um Auskünfte über den Kassenpatienten zu erhalten, die sie zur Durchführung ihrer gesetzlichen Aufgaben, zur Kontrolle ihrer Leistungspflicht, als erforderlich erachten, und bringen damit den Arzt in Konflikt mit seiner ärztlichen Schweigepflicht.

Durch die Normierung der Mitwirkungspflicht des Leistungsberechtigten, also auch des Mitglieds einer gesetzlichen Krankenversicherung, bei der Feststellung der Leistungsbeziehung im Allgemeinen Teil des neuen SGB, nach der u.a. eine Zustimmung des Leistungsberechtigten zur Auskunftserteilung durch Dritte verlangt werden kann, hat der Gesetzgeber eine Klarstellung hinsichtlich des Auskunftsbegehrens der gesetzlichen Krankenkassen an den Kassenarzt eingeleitet, auf die unten noch ausführlich einzugehen sein wird.

3. Beziehung Kassenarzt - Kassenpatient

Die strittige Frage, ob zwischen dem Kassenarzt und dem Kassenpatienten ein bürgerlichrechtliches Werk- oder Dienstvertragsverhältnis besteht (50), ist in diesem Rahmen nicht wesentlich. § 368 d Abs. 4 RVO stellt jedenfalls klar, daß der Kassenarzt mit Übernahme der Behandlung dem Patienten gegenüber zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerli-

chen Vertragsrechts verpflichtet ist (51). Die Übernahme der Behandlung des Kassenpatienten ist für den Kassenarzt eine öffentlichrechtliche Pflicht (§ 368 a Abs. 4 RVO), der er kraft seiner Zulassung als Kassenarzt unterliegt und der er nur in Ausnahmefällen entgehen kann (52).

Das Kassenarztrecht hat das Arzt-Patienten-Verhältnis in zwei miteinander in Konflikt stehende Komponenten gespalten:

Einmal erwartet der Patient Befriedigung seiner Bedürfnisse nach Gesundheitsgütern in höchstmöglichem Grade (53). Den Anspruch darauf glaubt er durch Entrichtung seiner Beiträge erworben zu haben. Neben optimaler medizinischer Betreuung verlangt er Gehör für seine Nöte und Probleme, er sucht Verständnis und Vertrauen und nicht zuletzt Verschwiegenheit des Arztes über alle Dinge, die er ihm dabei offenbart hat.

Zum anderen hat der Patient aber keinen Einfluß auf das Anspruchsniveau (54), da er die ärztlichen Bemühungen nicht selbst bezahlt. Er erwirbt sich das Recht auf Behandlung durch den Kassenarzt durch die Vorlage seines Krankenscheins.

Das Problem des Arztes ist es, die Ansprüche des Patienten mit den Erfordernissen der Wirtschaftlichkeit, Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, wie sie das Kassenarztrecht stellt, in Einklang zu bringen.

Daß dabei zugleich häufig Konflikte für den Arzt auftreten wegen seines Anspruchs auf eine patientengerechte Behandlung, wie er sie im Einzelfall für erforderlich erachtet, und seinem finanziellen Anspruch, bei dem ihm die Gebührenordnung die Grenzen setzt, ist bekannt (55).

So haben z.B. aus ärztlicher Sicht die psychosomatischen Krankheiten in der Praxis eine steigende Bedeutung erlangt (56). Der für ihre Erkennung und Behandlung erforderliche Zeitaufwand für Gespräche wird im Vergleich zu labor- und physikalischtechnischen Maßnahmen von den Gebührenordnungen finanziell geringer bewertet (57).

Der Arzt sieht sich leicht versucht, um bei einer Überprüfung seiner Leistungsnachweise durch die von den kassenärztlichen Vereinigungen gebildeten Prüfungsausschüssen nicht beanstandet zu werden und Honorarkürzungen hinnehmen zu müssen, wegen der niedrigen Einzelhonorare in die Zahl der Fälle auszuweichen (58) und aufwendige Leistungen besonders mit den Eigenheiten des Falles zu begründen (59).

Dabei kommt er jedoch in besonderem Maße dem Auskunftsverlangen der Krankenkassen entgegen, und der Patient gerät mit seinem Anspruch auf Verschwiegenheit ins Hintertreffen.

Die Diagnosen auf den Behandlungsausweisen begleiten die Abrechnung durch alle Prüfverfahren, vor allem auch bei Anträgen der Krankenkassen auf Prüfung der Arzneiverordnungen, einschließlich etwaiger sozialgerichtlicher Verfahren (60). Die zusätzlichen, den Leistungsaufwand bei besonders leistungsintensiven Fällen begründenden Bemerkungen des Arztes können auf dem selben Weg zur Kenntnis der Kassen kommen.

Legt angesichts dieser Praxis der Patient Wert darauf, daß Geheimnisse, die dem Arzt bekannt sind, auch gegenüber den Krankenkassen geheimgehalten werden sollen, weil er sich von dem Bekanntwerden Nachteile erwartet, so wird er sie entweder dem Arzt erst gar nicht anvertrauen, was zu einer Verschlechterung seiner Heilungschancen führen kann - er geht erst gar nicht zum Arzt oder dem Arzt fehlen für eine erfolgreiche Diagnostik und Therapie wesentliche Informationen -, oder er besteht dem Arzt gegenüber auf absoluter Wahrung der Schweigepflicht. Dies wieder wird dazu führen, daß die Krankenkasse ihre Leistung verweigert und der Patient den Arzt privat honorieren muß.

Das mag bei einzelnen Bagatellfällen dem Patienten die Wahrung seiner Geheimnisse wert sein, in der Regel ist dies aber für den größten Teil der Kassenpatienten finanziell nicht tragbar (61). Man denke nur an die Kosten von länger-dauernden Behandlungen, von Krankenhausaufenthalten und von längerer Arbeitsunfähigkeit.

Der Eingriff in die Schweigepflicht durch Weitergabe von Diagnosen und Befunden an die gesetzlichen Krankenkassen ohne das umfassende Einverständnis des Patienten stören das Vertrauen des Patienten in den ärztlichen Stand und belasten das Arzt-Patienten-Verhältnis.

IV. Die ärztliche Schweigepflicht

1. Historischer Überblick

a) Schweigepflicht in der Standesethik

So alt wie die ärztliche Kunst ist das Verlangen dessen, der seine körperlichen und seelischen Leiden und Nöte dem Arzt offenbart, um Heilung zu erfahren, daß darüber strengstes Stillschweigen Dritten gegenüber bewahrt wird (62).

Schon lange ehe das Recht entsprechende Maßnahmen getroffen hatte, galt das unverbrüchliche Schweigen des Arztes über die ihm anvertrauten Patientengeheimnisse als eine seiner höchsten Pflichten (63).

Placzek bewundert die "unendliche hohe, edle Auffassung des ärztlichen Berufs", wenn die Heilkunde der brahmanischen Periode Indiens um 800 v. Chr. ihren Jüngern zur Richtschnur

· macht: "Die Vorgänge im Haus dürfen nicht ausgeplaudert, auch darf von einem dem Kranken drohenden frühen Ende nichts mitgeteilt werden, wo es dem Kranken oder sonst jemand Nachteil bringen kann" (64).

Der Arzt Hippokrates (460-377 v.Chr.) hat der Ärzteschaft, mit Geltung über Jahrtausende hinweg (65), die Schweigepflicht zur Standespflicht gemacht und mit einem Eid belegt: "Was ich auch bei der Behandlung sehe oder höre oder außerhalb der Behandlung im Leben der Menschen, soweit man es nicht ausplaudern darf, werde ich darüber schweigen, in der Überzeugung, daß hier Schweigen heilige Pflicht ist" (66).

In der Schule des Pythagoras, die zum größten Teil aus Ärzten bestand, sollten diese "durch eine harmonische Ausbildung des Leibes und der Seele, Mäßigkeit, einfache, hauptsächlich pflanzliche Nahrung, gymnastische Übungen, S c h w e i g e n , Gehorsam und jegliche Tugend" als Muster voranleuchten (67). Zumindest die Tugend des ärztlichen Schweigens hatte für die Römer noch die Bedeutung, daß Vergil von der Medizin als "ars muta" sprach (Aeneis, lib. XII) (68).

Die ärztliche Schweigepflicht hat sich als Kernstück der ärztlichen Berufsethik (69) über die Zeiten erhalten und im aktuellen Standesrecht als elementare Standespflicht Niederschlag gefunden (70). In der Berufsordnung für die deutschen Ärzte, beschlossen vom 79. Dt. Ärztetag 1976, heißt es in § 2 (71):

- Abs. 1: Der Arzt hat über das, was ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut oder bekanntgeworden ist, zu schweigen. Dazu gehören auch schriftliche Mitteilungen des Patienten, Aufzeichnungen, Röntgenaufnahmen und sonstige Untersuchungsbefunde.
- Abs. 4: Der Arzt ist zur Offenbarung befugt, aber nicht verpflichtet, soweit er von der Schweigepflicht entbunden worden ist oder soweit die Offenbarung zum Schutz eines höheren Rechtsgutes erforderlich ist. Letzteres gilt auch für Aussagen in gerichtlichen Verfahren.
- Abs. 5: Der Arzt ist auch dann zur Verschwiegenheit verpflichtet, wenn er in amtlichen oder privaten Auftrag eines Dritten tätig wird, es sei denn, daß dem Untersuchten vor der Untersuchung oder Behandlung bekannt ist oder eröffnet wurde, inwieweit die von dem Arzt getroffenen Feststellungen zur Mitteilung an Dritte bestimmt sind.
- Abs. 6: Wenn mehrere Ärzte gleichzeitig oder nacheinander denselben Patienten behandeln, so sind sie untereinander von der Schweigepflicht insoweit befreit, als der Patient nicht etwas anderes bestimmt.

Die Statuten der einzelnen Landesärztekammern enthalten das ärztliche Berufsgeheimnis inhaltlich in weitgehender Übereinstimmung mit dieser Berufsordnung (72).

b) Gesetzliche Schweigepflicht

Eine gesetzliche Pflicht zur Verschwiegenheit wird den Ärzten zum ersten Mal durch das Preußische Medizinaledikt vom Jahr 1725 auferlegt, wonach "die medici die von ihnen entdeckten heimlichen Mängel und Gebrechen niemand offenbaren" sollen (73).

Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 verallgemeinert in § 505 dieses Verbot und bedroht "Ärzte, Wundärzte und Hebammen mit einer Geldstrafe von 5 bis 50 Thalern", wenn sie "die ihnen bekanntgewordenen Gebrechen und Familiengeheimnisse, insofern es nicht Verbrechen sind" jemandem mitteilen (74).

Konnte bisher der Arzt, wenn er sein Schweigen brach, nicht zur Verantwortung gezogen werden (75), so enthält das Preussische Allgemeine Landrecht jetzt zum ersten Mal eine Strafbestimmung für die Verletzung der Schweigepflicht.

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts folgten auch in den anderen deutschen Teilstaaten ähnliche Gesetzesbestimmungen, wobei meist die Kodifizierung Preußens zum Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses als Vorbild diente (76).

Im Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 hatte der § 155 dann folgende Fassung: "Medizinalpersonen und deren Gehilfen sowie alle Personen, welche unbefugterweise Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind werden bestraft (77). Der Personenkreis der Geheimhaltungspflichtigen war also sehr weit gefaßt, die Bedeutung der Schweigepflicht für den Medizinerstand noch besonders hervorgehoben.

§ 300 des Reichsstrafgesetzbuches von 1871 regelte den "Bruch des Berufsgeheimnisses". Er unterschied sich von der Regelung des § 155 Preußisches Strafgesetzbuch dadurch, daß die Strafverfolgung von einem Antrag des Verletzten abhängig gemacht und der weite Kreis der Verpflichteten durch eine Aufzählung bestimmter Personenkategorien ersetzt wurde (78). In der Zeit des Rechtspositivismus galt jedes Offenbaren als unbefugt, wenn es nicht durch ein Gesetz ausdrücklich als befugt geregelt war (79).

Erst die Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1905 (80) erkannte dem Arzt bei Vorliegen einer Pflichtenkollision ein Recht zur Offenbarung zu, "auch wenn eine Anzeigepflicht nicht besteht", also ein Gesetz die Offenbarung nicht ausdrücklich als befugt regelte. Diese Entscheidung erkannte das Vorliegen eines übergesetzlichen Notstandes mit

der Problematik der Güter-, Pflichten- und Interessenabwägung - wenn auch unausgesprochen - an: Der Arzt handelte nicht rechtswidrig, wenn er nach gewissenhafter Abwägung durch Offenbaren eines Geheimnisses einem noch höherwertigen Rechtsgut als dem durch § 300 StGB geschützten den Vorrang verschaffte.

Der § 13 Reichsärzteordnung (RÄO), der mit Einführung dieses Gesetzes 1935 den Geheimnisschutz des Patienten regelte, enthielt zwar eine wesentlich höhere Strafandrohung als der von ihm abgelöste alte § 300 StGB, nämlich Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe oder eine dieser beiden Strafen. Er trug aber "der inzwischen eingetretenen, äußerst weitgehenden Relativierung des Rechtswerts des ärztlichen Berufsgeheimnisses" und "dem Geiste der Zeit" (81) Rechnung, indem nach Abs. 3 eine Geheimnisoffenbarung bereits gerechtfertigt war durch eine Fülle von gesetzlichen Melde- und Auskunftspflichten, die den politischen Erfordernissen entsprangen (82), darüber hinaus aber auch, wenn "der Arzt mit der Offenbarung einer sittlichen Pflicht folgte oder einen sittlichen oder berechtigten Zweck wahrnimmt, vorausgesetzt, daß in diesen letzteren Fällen das Interesse, dem die Offenbarung dienen soll, höherwertig ist als das Geheimhaltungsinteresse des Patienten" (83).

Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 hob den § 13 RÄO auf. In § 300 neu wurde grundsätzlich für alle staatlich geregelten Heilberufe, insbesondere also den Arzt, und Rechtsberatungsberufe der Bruch des Berufsgeheimnisses strafrechtlich erfaßt (84).

Der Geheimnisschutz im Strafrecht wurde zunehmend als unzulänglich empfunden. Zwar scheinen die "drei Säulen, auf denen das ärztliche Berufsgeheimnis ruht" (85), nämlich strafrechtlich gesicherte Schweigepflicht und als ihre prozessualen Korrelate Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot, eine vorbildliche Regelung zum Schutz "des in der Zeit der allgemeinen Neugier so fragwürdig gewordenen humanen Geheimnisses" (86) zu sein.

Es ist besonders das Verdienst von Eberhard Schmidt, mit Nachdruck auf die Unterhöhlung des ärztlichen Berufsgeheimnisses hingewiesen zu haben. Habe der Gesetzgeber mit dem prozessualen Zeugnisverweigerungsrecht in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO und § 383 Abs. 1 Nr. 5 ZPO und dem Gutachtenverweigerungsrecht in §§ 76 StPO und 408 ZPO das ärztliche Berufsgeheimnis höherrangig bewertet als die "Wahrheitsermittlung der Gerichte, bei der es, insbesondere in Strafprozessen, um höchstwertige staatliche Interessen gehen kann" (87), so habe "die Entwicklung vom Rechtsstaat liberaler Prägung zum sozialen Verwaltungsstaat immer mehr und mehr soziale und staatliche Interessen gezeitigt, denen das ärztliche Berufsgeheimnis geopfert wurde" (88).

Die immer engere Verknüpfung des sozialen Netzes, am Beispiel der gesetzlichen Krankenversicherung bereits aufgezeigt, veranlaßte Krankenkassen, Versicherungsträger, Berufsgenossenschaften, Arbeitgeber, Behörden und andere Stellen, vom Arzt Auskunft über Daten zu verlangen, zu deren Geheimhaltung er verpflichtet ist (89).

Die Gesundheitspolitik ist für ihre Planung und Forschung, die letztlich dem hohen Anspruch des Bürgers an das Gesundheitswesen dient, angewiesen auf Zahlen und Daten über die Patienten, die ihr nur der Arzt zur Verfügung stellen kann, wobei er wieder mit seiner Schweigepflicht in Konflikt gerät (90).

Aus der gesellschaftspolitischen Entwicklung heraus ebenso wie aus der wissenschaftlichen Entwicklung der Medizin sind Schweigepflicht und Schweigerecht des Arztes gefährdeter denn je (91).

Die Datenverarbeitung hat in der Medizin längst Einzug gehalten. Statistiken mit Patientendaten werden zu Forschungszwecken und gesundheitspolitischen Entscheidungsfindungen erarbeitet, Krankenhausinformationssysteme installiert. Umfangreiche medizinische Datenbestände werden elektronisch abgespeichert, mit und ohne Rücksicht auf medizinisch-ärztliche Schweigepflicht oder private Intimsphäre, der Datenaustausch funktioniert (92).

Es besteht die Gefahr, daß sich die gespeicherten Informationen mit der Zeit verselbständigen, der Patient die Kontrolle darüber verliert, wo Daten über ihn gespeichert sind und wer Zugriff auf diese hat. Informationen dienen nicht mehr nur notwendiger Kontrolle von Leistungsansprüchen, sie stehen in einem Maße zur Verfügung, das den privaten Lebensbereich immer mehr einengt und den einzelnen in seinen Lebenschancen beeinträchtigen kann (93).

Das Bundesdatenschutzgesetz (94) und speziell einzelne Landeskrankenhausgesetze (95) versuchen hier, dem Schutz der Privatsphäre des Patienten gerecht zu werden. Das Hessische Krankenhausgesetz beispielsweise (96) verlangt die Aufklärung des Patienten über Art und Verbleib gespeicherter Daten und Verschlüsselung von Informationen, die aus dem medizinischen Bereich herausgegeben werden. Ein Zugriff des jeweils behandelnden Arztes ist nur mit Einverständnis des Patienten zulässig.

Die strikte und lückenlose Einhaltung des Datenschutzes liegt im eigenen Interesse des Arztes, um Sanktionen der Schweigepflichtverletzung zu vermeiden, und im Interesse des Vertrauensverhältnisses zum Patienten. Mit ihr erhöht sich die Chance der Datenverarbeitung in der Gesundheitspflege mit ihren Vorteilen, die letztlich auch dem Patienten zugutekommen.

2. Die ärztliche Schweigepflicht gemäß § 203 StGB
 - a) zur Neuregelung

Der Gesetzgeber hat mit dem § 203 StGB (97), eingefügt durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 2.3. 1974 (98), in Kraft getreten zum 1.1.1975, die Verletzung des Privatgeheimnisses neu geregelt (99).

Die Zusammenfassung der Vorschriften über den Schutz der persönlichen Lebens- und Geheimsphäre in einem selbständigen (15.) Abschnitt unterstreichen den Rang, den der Gesetzgeber heute einer ungefährdeten Intimsphäre des Menschen zuerkennt (100).

Das Gesetz trägt der Ausweitung der sozialen Verknüpfung Rechnung, indem es den Kreis der geheimhaltungsverpflichteten Berufe erheblich erweitert hat (101). Dazu gehören u.a. neben den Ärzten die Angehörigen eines anderen Heilberufs, der eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert (Abs. 1 Nr. 1), Berufspsychologen (Abs. 1 Nr. 2), Ehe-, Erziehungs- oder Jugendberater sowie Berater für Suchtfragen in einer anerkannten Beratungsstelle (Abs. 1 Nr. 4) (102), staatlich anerkannte Sozialarbeiter und Sozialpädagogen (Abs. 1 Nr. 5) und Angehörige eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen Verrechnungsstelle (Abs. 1 Nr. 6) (103).

Abs. 2 betrifft die Geheimnisverletzung durch Amtsträger und gewisse amtsnahe Personen, z.B. auch durch Angestellte der gesetzlichen Krankenversicherungen (104). Er verschärft den Tatbestand, indem er den Geheimnissen in gewissem Umfang für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfaßte Daten gleichstellt (105). Dadurch und durch die Bestimmung, daß Abs. 2 einen größeren Täterkreis erfaßt und nicht die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen erfordert (106), unterscheidet sich Abs. 2 von § 353 b StGB, der die Verletzung des Dienstgeheimnisses regelt.

Auch der als unzulänglich empfundene postmortale Geheimnisschutz (107) erfuhr eine weiterreichende Regelung in Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4. Damit wurde der Wert eines vertrauensvollen Arzt-Patienten-Verhältnisses unterstrichen (108).

Der Intention des Gesetzgebers, der Aushöhlung der Schweigepflicht entgegenwirken zu wollen, entspricht die Heraufsetzung der Strafandrohung hinsichtlich der Haftstrafe von sechs auf zwölf Monate (109).

b) Rechtliche Grundlage

aa) Ausdruck des Persönlichkeitsrechts

Die ärztliche Schweigepflicht wird von der Rechtsprechung (110) und Literatur (111) einhellig auf die Verfassungsgrundsätze der Art. 1 und 2 Grundgesetz (GG) gestützt, d.h. auf die Wahrung der Würde des Menschen und auf sein Recht zur Persönlichkeitsentfaltung.

Ein sinnvolles Arzt-Patienten-Verhältnis ist ohne das Bekanntwerden von Tatsachen aus dem Geheimnisbereich des Patienten gegenüber dem Arzt völlig ausgeschlossen. Mag die Offenbarung von Privatdaten bei belanglosen Erkrankungen wie Schnupfen oder Verstauchung eines Fingers noch folgenlos sein, so kann schon die Diagnose dieser Erkrankungen, sobald sie über die Zweierbeziehung hinaus beispielsweise dem Arbeitgeber bekannt wird, von sozialer Bedeutung sein.

Je größer die Not und das Leiden des hilfesuchenden Patienten, desto mehr wird der Arzt - oft für den Patienten unbewußt - über die Lebensgeschichte, die familiäre Umgebung, die berufliche Karriere, die persönlichen Fehler und Eigenartigkeiten, die physischen und psychischen Eigenheiten und Krankheiten des Patienten erfahren.

Bei psychosomatischen Erkrankungen ist es für den Arzt eine unausweichliche Notwendigkeit, in den privatesten, intimsten Bereich des Patienten vorzudringen, um einen Heilerfolg erreichen zu können. Das Gespräch allein, oft einer Lebensbeichte des Patienten gleich, kann bereits therapeutische Bedeutung haben (112).

Jegliches Hinausdringen von Tatsachen aus diesem Geheimnisbereich kann bereits das Ansehen des Patienten bei seinen Mitmenschen herabsetzen, ihn in seiner grundgesetzlich geschützten Würde tangieren und als Folge gesellschaftliche und wirtschaftliche Schäden nach sich ziehen, ihn in seiner freien Persönlichkeitsentfaltung beeinträchtigen (113).

Nur dem Arzt wird der Patient die intimsten Geheimnisse in einem freien, von Abhängigkeiten unbelasteten Verhältnis mitteilen im absoluten Vertrauen auf dessen Verschwiegenheit (114). "Die ärztliche Schweigepflicht ist das Korrelat zu dem im verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht (Art 2 GG) wurzelnden Anspruch des einzelnen auf Erhaltung seines Privatlebens und insbesondere - gleichsam als Ausschnitt daraus - eines Geheimbereiches" (115).

Der ärztliche Geheimnisschutz wäre sinnlos, würden ihm nur die vom Patienten mitgeteilten Geheimnisse unterliegen. Die Erkenntnisse, die der Arzt durch seine berufliche Tätigkeit gewinnt und schriftlich niederlegt, die Krankenblätter, in denen der Arzt Anamnese, Diagnose und therapeutische Maß-

nahmen festhält, betreffen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8.3.1972 (116) zwar nicht die unantastbare Intimsphäre, wohl aber den privaten Bereich des Patienten und nehmen damit jedenfalls teil "an dem Schutz, den das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verb. m. Art. 1 Abs. 1 GG dem einzelnen vor dem Zugriff der öffentlichen Gewalt gewährt" (117).

Allerdings ist seit langem anerkannt, daß nicht der gesamte Lebensbereich schrankenlos vor Eingriffen staatlicher Gewalt geschützt ist (118). Zwar ist das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in seinem Wesensgehalt unantastbar (119). Unter den strengen Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muß der Bürger jedoch Eingriffe hinnehmen, an denen die Allgemeinheit ein überwiegendes Interesse hat (120).

Demnach kann auch die ärztliche Schweigepflicht keinen grenzenlosen Schutz der Privatsphäre darstellen. In besonderen Fällen wird der Arzt sein Schweigen brechen müssen, um zwingenden höheren Belangen des Gemeinwohls Geltung zu verschaffen (121).

bb) Das Rechtsgut des § 203 StGB

Die obigen Erwägungen haben gezeigt, daß der Grundgedanke der Schutzvorschriften für Privatgeheimnisse einmal darin liegt, daß der vom Geheimhaltungswillen des Betroffenen getragene persönliche Lebens- und Geheimbereich gerade von Trägern sozial bedeutsamer Berufe nicht verletzt werden soll (122). Die Vorschrift des § 203 StGB dient also dem Individualschutz: Der Patient muß eine Gewähr dafür haben, daß er, ohne daß ihm dabei Schaden entsteht, rückhaltlos alles preisgeben kann, damit eines seiner elementarsten Güter, seine Gesundheit, sachkundige Behandlung erfährt.

Die sachkundige Behandlung des Kranken liegt aber auch im Allgemeininteresse. Hat jemand bei Begehung einer Straftat eine Verletzung erlitten, so soll er sich ärztlicher Behandlung unterziehen können im Vertrauen auf Verschwiegenheit und nicht versucht sein, sich auf obskuren Wegen Hilfe zu verschaffen. Leidet jemand an einer die eigene Person oder die Allgemeinheit gefährdenden Krankheit, sei sie seelischer, geistiger oder körperlicher Natur, Schwermut oder Wahn mit Zerstörungstendenz oder schwerer Infektionskrankheit, so liegt es im Interesse der Allgemeinheit, daß derjenige nicht das Leiden verschleppt, sich selbst zu kurieren versucht oder die sehr fragliche Hilfe von Pfuschern sucht und damit zur Gefahr für die Gesundheit der Gemeinschaft wird. "Der Weg zur Gesundheit aller führt über die Gesundung des einzelnen, die nur die sachgerechte Behandlung des Kranken durch den Arzt verbürgt" (123).

Zwar herrscht heute weitgehend Übereinstimmung darüber, daß die Vorschrift des § 203 StGB sowohl das Individual- als auch das Allgemeininteresse an der ärztlichen Verschwiegenheit schützt (124). Jedoch ist die Frage, welches der beiden Interessen überwiegt, umstritten. Ganz belanglos ist dieses Problem nicht (125). Hat der Arzt im Rahmen der Interessenabwägung zu entscheiden, ob er seine Schweigepflicht durchbrechen darf, so hat er den Anlaß für eine eventuelle Offenbarung an den angeführten Interessen zu messen (126).

Die beiden Interessensphären stehen sich aber nicht gegenüber, sondern ergänzen einander. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung über die Beschlagnahme von Klientenakten einer Suchtberatungsstelle (127) den staatlichen Eingriff zu Strafverfolgungszwecken in das Privatgeheimnis sowohl an dem Interesse des Betroffenen auf Achtung seiner Intim- und Privatsphäre als auch an den Belangen der im Gemeinwohlinteresse erforderlichen Gesundheitsfürsorge (hier durch eine anerkannte Beratungsstelle wahrgenommen) gemessen.

Nach dieser Entscheidung ist die Bildung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Berater und Klienten "unabdingbare Voraussetzung für die Arbeit einer solchen Beratungsstelle" - und damit unabdingbar im Interesse des Gemeinwohls. Und weiter: "Die grundsätzliche Wahrung des Geheimhaltungsinteresses der Klienten ist Vorbedingung des Vertrauens, das sie um ihrer selbst willen dem Berater entgegenbringen müssen, und damit zugleich Grundlage für die funktionsgerechte Tätigkeit der Beratungsstelle, deren Beistand die Klienten brauchen".

Individualinteresse und Allgemeininteresse gehen hier also Hand in Hand und gewinnen nach sorgfältiger Abwägung durch das BVerfG in dieser Entscheidung die Oberhand über das Allgemeininteresse an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege (hier im Bereich des Drogenmißbrauchs).

Der Annahme eines Allgemeininteresses an der ärztlichen Verschwiegenheit steht nicht entgegen, daß der Patient die Offenbarung durch Zustimmung befugt machen kann. Denn er ist der Herr über seine Privatsphäre und kann über sie verfügen. Das Interesse der Allgemeinheit verlangt nicht mehr, als daß die bestimmten sozial bedeutsamen Berufe Geheimnisse nicht gegen oder ohne den Willen des Betroffenen preisgeben, es wird durch eine mit Einverständnis erfolgte Offenbarung gar nicht berührt (128).

c) Der objektive Tatbestand der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht

Hier sollen nur ganz allgemein die Tatbestandsmerkmale der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht zum Zwecke des Verständnisses aufgeführt werden und auf strittige Probleme

nur insoweit eingegangen werden, als diese für das Verhältnis zwischen Patient, Arzt und gesetzlicher Krankenversicherung von Bedeutung sind.

aa) Das Geheimnis

Der Begriff des Geheimnisses ist weit zu fassen (129). Eine Tatsache verliert nicht dadurch ihren Geheimnischarakter, daß sie noch anderen Personen außer dem Geheimnisträger bekannt ist. Dabei müssen nicht sämtliche Mitwisser nach Person und Zahl bestimmt sein (130). Erst mit der Unkontrollierbarkeit des Kreises der unbefugt Eingeweihten ist die Offenkundigkeit der Tatsache gegeben, und damit entfällt der Geheimnisschutz (131).

Unergiebig ist der Streit, ob zur Begründung eines Geheimnisses ein Geheimhaltungswille des Geheimnisträgers ausreicht oder ob noch ein berechtigtes Interesse dazukommen muß (132). Das Bundesverfassungsgericht (133) stellt hinsichtlich der dem Arzt bekanntgewordenen und von ihm festgehaltenen Tatsachen, die dem geschützten Privatbereich zuzuordnen sind, fest: "Dabei kommt es nicht darauf an, ob derartige Aufzeichnungen Krankheiten, Leiden oder Beschwerden verraten, deren Offenbarung den Betroffenen mit dem Verdacht einer Straftat belastet, ihm in anderer Hinsicht peinlich oder seiner sozialen Geltung abträglich ist. Vielmehr verdient ganz allgemein der Wille des einzelnen Achtung, so höchstpersönliche Dinge wie die Beurteilung seines Gesundheitszustandes durch einen Arzt vor fremden Einblicken zu bewahren" (134).

Wird hier der Wille ausdrücklich erwähnt, so spielt doch auch ein "berechtigtes Interesse" eine Rolle. Nur der einzelne selbst hat die Herrschaft über seine Privatsphäre. Letztlich ist sein Wille von seinem Interesse bestimmt. Erst wenn der Wille wirklich "willkürlich" wird, kann der Schutzzweck des § 203 StGB versagen. Dabei darf keinesfalls ein objektiver Maßstab gelten. Das Interesse an der Geheimhaltung ist nur aus der Situation des Betroffenen im Einzelfall zu beurteilen. Diese Kriterien sind auch bei der Beurteilung des mutmaßlichen Interesses bzw. Willens hinsichtlich der Geheimhaltung anzuwenden, wenn der Betroffene selbst nichts von seinem Geheimnis weiß, z.B. eine Krankheit ihm vom Arzt nicht offenbart worden ist.

Allein schon die Tatsache des Arztbesuches kann in den Geheimbereich fallen. Man braucht dabei nicht erst an die prominente Schauspielerin zu denken, die den Besuch beim Schönheitschirurgen geheimgehalten wissen will. Für eine Großzahl der Bürger wird die allgemeine Einstellung Grund genug sein, einen Besuch beim Psychiater oder "nur" beim Nervenarzt oder beim Hautarzt verbergen zu wollen.

Daß alles, was der Arzt während der Behandlung auch über die nicht mit der Krankheit zusammenhängenden Dinge erfährt, geheimbleiben muß, seien es Familienangelegenheiten, finanzielle, berufliche Dinge und auch Geheimnisse Dritter, ist unbestritten (135).

bb) Das Berufsgeheimnis

Nach richtiger und auch herrschender Ansicht in Lehre und Rechtsprechung ist das Vorliegen eines rechtlichen oder tatsächlichen Vertrauensverhältnisses des Geheimnisgeschützten zum Arzt nicht erforderlich (136). Es genügt, wenn die geheimzuhaltende Tatsache ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut "oder sonst bekannt geworden ist" (§ 203 Abs. 1 StGB).

Die ärztliche Tätigkeit ist ihrem Wesen nach einheitlich; die Privatsphäre des einzelnen als Ausfluß der Würde des Menschen ist unteilbar (137). Demnach unterliegt der Schweigepflicht jeder Arzt, gleichgültig, ob es sich um einen frei niedergelassenen, angestellten oder beamteten Arzt handelt (138). Die Tatsachen, die ein Arzt z.B. als ein vom Gericht bestellter Sachverständiger (z.B. gemäß § 81 StPO), als Amtsarzt, als Truppen- oder Musterungsarzt ihm Rahmen seines Auftrags erfährt, entziehen sich nicht schon deswegen dem Rechtsschutze des § 203 StGB, weil sie "amtlich" sind. Ihre Weitergabe wird erst dadurch befugt, daß eine gesetzliche Duldungspflicht die Feststellung dieser Tatsachen beim Geheimnisträger zu dem gesetzlich bestimmten Zweck zuläßt, beispielsweise durch das Wehrpflichtgesetz oder die Vorschriften der § 81 ff StPO.

Das Gesetz, das den Eingriff in die Privatsphäre zuläßt und damit die Grundrechte des Betroffenen tangiert, muß den strengen Anforderungen der Interessenabwägung entsprechen (139). Nicht schon das Tätigwerden im Rahmen des Auftrags allein verschafft das Offenbarungsrecht; der Arzt hat stets zu prüfen, ob das Bekanntwerden der jeweiligen Tatsache beim Auftraggeber noch von der Duldungspflicht des Geheimnisträgers gedeckt ist (140).

Diese Ansicht wird auch vom Gesetz gedeckt. Nach § 203 Abs. 2 StGB werden u.a. auch Amtsträger und für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete ebenso bestraft wie die in Abs. 1 Genannten, wenn sie unbefugt ihnen bekanntgewordene Fremdgeheimnisse offenbaren. Also erst wenn das Merkmal der Befugnis gegeben ist, entfällt die Rechtswidrigkeit bzw. bereits der Tatbestand der Geheimnisverletzung (141). Diese Befugnis ergibt sich eben nicht bereits aus der amtlichen Eigenschaft, sondern erst aus dem die Privatsphäre in verfassungsmäßiger Weise einschränkenden Gesetz.

Dem trägt auch die Berufsordnung für deutsche Ärzte (142)

nicht in vollem Umfang Rechnung (143): Nach § 2 Abs. 5 ist der Arzt auch dann zur Verschwiegenheit verpflichtet, wenn er in amtlichen oder privaten Auftrag eines Dritten tätig wird, es sei denn, daß dem Untersuchten vor der Untersuchung oder Behandlung bekannt ist oder eröffnet wurde, inwieweit die von dem Arzt getroffenen Feststellungen zur Mitteilung an Dritte bestimmt sind.

Diese Vorschrift geht von der grundsätzlichen Verschwiegenheitspflicht des Amtsarztes oder sachverständigen Arztes aus. Sie beinhaltet aber zugleich eine unzulässige Durchbrechung der Schweigepflicht. Demnach wäre eine über den Auftrag des Sachverständigengutachtens hinausgehende Bekanntgabe von Geheimnissen vor Gericht schon lediglich dadurch befugt und nicht rechtswidrig, daß der Betroffene von der bevorstehenden Offenbarung wußte. Das Wissen aber kann nie die Einwilligung ersetzen, der Betroffene wird im Gegenteil die Offenbarung verhindern wollen, ohne dazu ein wirksames Mittel in der Hand zu haben.

Ein sicher krasses Beispiel möge dies erläutern: Ein Arzt soll als Sachverständiger vor Gericht aussagen in einem Verfahren, in dem sein Patient Schmerzensgeld für durch einen Dritten erlittene Verletzungen einklagt. Er gibt seinem Patienten bekannt, daß auch die bei ihm festgestellte Geschlechtskrankheit zur Mitteilung an das Gericht bestimmt sei, und teilt diese dann auch mit. Soll diese Eröffnung gegenüber dem Patienten genügen, um die Pflicht zur Verschwiegenheit entfallen zu lassen?

cc) Die Offenbarung

Ein Geheimnis ist offenbart, wenn sowohl die geheime Tatsache als auch die Person des Geheimnisträgers einem Dritten, dem das Geheimnis in seinem persönlichen Bezug noch unbekannt war, mitgeteilt ist (144).

Für die Tätigkeit des Arztes in Praxis und Krankenhaus ist es nicht unwichtig zu wissen, daß Offenbarung auch durch Unterlassen erfolgen kann (145). Oft ist es unbeteiligten Dritten möglich, Einsicht in herumliegende Krankengeschichten oder Krankenblätter zu nehmen, weil der Arzt dies nicht verhindert hat.

V. Die Befugnis zur Offenbarung

Der Arzt offenbart ein Geheimnis nicht unbefugt, wenn der Patient der Offenbarung in wirksamer Weise zustimmt (im folgenden unter 1). Darüber hinaus entfällt die Unbefugtheit nur, wenn die Offenbarung der einzige Weg ist, ein höherwertiges Rechtsgut als das der Unverletzlichkeit der Privat- und Intimsphäre zu schützen. Dieser Fall kann für

bestimmte Tatbestände schon durch ein Gesetz geregelt sein (unter 2) oder sich in der Einzelsituation nach den Grundsätzen der Interessenabwägung ergeben (unter 3).

1. Die Zustimmung

Der Patient ist Herr über seine grundrechtlich geschützte Geheimsphäre, er kann über dieses Rechtsgut verfügen (146). Das trifft auch für den Fall zu, daß ein Dritter die Mitteilung über den Patienten an den Arzt gemacht hat (147).

Gestattet der Patient dem Arzt, daß dieser bestimmte Tatsachen aus seiner Geheimsphäre an dritte bisher nicht eingeweihte Personen weitergibt, so verfügt er zugleich über das Rechtsgut; mit seinem Wissen und Willen haben diese Tatsachen für diesen Personenkreis - aber auch zunächst nur für diesen Personenkreis - den Charakter des Geheimnisses verloren.

Diese Konsequenz, der Verlust eines höchstpersönlichen, hochrangigen Rechtsgutes, macht deutlich, daß sehr genau zu prüfen ist, ob eine wirksame Einwilligung vorliegt.

a) Einwilligungsfähigkeit

Die Wirksamkeit der Einwilligung als Rechtshandlung ist nicht an die Geschäftsfähigkeit gebunden (148). Sie erfordert lediglich Freiwilligkeit (149) und eine natürliche Einsichtsfähigkeit in die Bedeutung und Tragweite dieser Entscheidung (150).

Diese Einsichtsfähigkeit kann auch bei Minderjährigen oder wegen Geistesschwäche oder Geisteskrankheit beschränkt oder nicht Geschäftsfähigen vorliegen. Der Arzt hat im Einzelfall zu ergründen, ob bei den betroffenen Patienten Einsichtsfähigkeit vorliegen könnte (151). Hat er Anlaß, dies anzunehmen, so hat er den Willen des Patienten zu respektieren, ob dieser ihn von der Schweigepflicht entbinden will oder nicht.

Dies muß auch gelten, wenn die Eltern oder der gesetzliche Vertreter den gegenteiligen Willen ausdrücken (152). Denn der Patient ist nicht erst Herr seiner Geheimnisse, wenn er über 18 Jahre alt ist (153), sondern zumindest bereits als Minderjähriger oder beschränkt Geschäftsfähiger. Auch dieser Personenkreis hat bereits eine Privatsphäre, die schützenswert ist, und grundsätzlich eine seiner Einsichtsfähigkeit entsprechende Verfügungsbefugnis über sie (154).

So kann der Arzt durchaus zu der Erkenntnis kommen, daß die Einsichtsfähigkeit einer siebzehnjährigen Patientin hinsichtlich der Folgen der Verweigerung oder Zustimmung, den Arzt wegen der Person des Schwängerers von der Schweigepflicht zu entbinden, vorhanden ist, und er muß dann ent-

sprechend dem Willen der Patientin die Auskunft erteilen oder verweigern, auch wenn die Eltern im Falle der Verweigerung die Bekanntgabe wegen der Unterhaltszahlung wollen oder im Falle der Zustimmung die Bekanntgabe wegen der Familienehre nicht wollen (155).

Dem Arzt steht, wenn er auf Grund der Entscheidung des Patienten einen großen Schaden für diesen oder die Allgemeinheit befürchtet, die Möglichkeit offen, auf Grund einer Interessenabwägung gegen den Willen des Patienten hinsichtlich der Weitergabe von Patientengeheimnissen zu handeln.

Der Gesetzgeber hat für den Bereich der Sozialleistungen, also auch der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, die Handlungsfähigkeit mit Vollendung des 15. Lebensjahres festgesetzt, soweit es die Antragstellung und die Verfolgung des Antrags sowie die Entgegennahme der Sozialleistungen betrifft (§ 36 SGB-AT). Diese Handlungsfähigkeit erstreckt sich auch auf die Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten nach §§ 60 ff SGB-AT (156). Gemäß § 36 Abs. 2 SGB-AT kann allerdings diese Handlungsfähigkeit vom gesetzlichen Vertreter durch eine schriftliche Erklärung gegenüber dem Leistungsträger eingeschränkt werden.

b) Die konkludent erteilte Einwilligung

Grundsätzlich wird die Einwilligung ausdrücklich erteilt. Doch auch schlüssiges Verhalten kann den Willen des Patienten, den Arzt von der Schweigepflicht entbinden zu wollen, erkennen lassen (157).

Aber auch die stillschweigende Einwilligung ist eine Erklärung des Patienten. Sie muß, um wirksam zu sein, wie die ausdrückliche Einwilligung die Kriterien der Freiwilligkeit und der vollen Erkenntnis ihrer Tragweite erfüllen (158) - und dies aus der Betrachtungsweise des Patienten, nicht etwa aus der Sicht desjenigen, der die von der Schweigepflicht erfaßte Auskunft gerne hätte, z.B. der Behörde oder der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung (159).

Ein solcher Fall stillschweigender Einwilligung kann z.B. vorliegen bei der Inanspruchnahme eines Arztes wegen einer Einstellungsuntersuchung, sei es beim Amtsarzt für den Staatsdienst oder bei einem Werksarzt (160). Aus dem eindeutigen Verhalten des Patienten wird in diesem Fall zu entnehmen sein, daß er mit der Weitergabe des Untersuchungsergebnisses an den Einstellenden einverstanden ist.

Auch bei der Krankenhausbehandlung wird im Regelfall die Einsicht des Patienten so weit gehen, daß ihm klar ist, daß die von ihm gewollte effiziente Behandlung von einem Team medizinischer Fachkräfte durchgeführt wird und er folglich nicht nur mit dem Mitwissen nur eines Arztes, sondern eines größeren, im vornherein nicht abgegrenzten Behandlungsstä-

bes durch notwendige gegenseitige Unterrichtung über medizinische Daten und Fakten rechnen muß (161).

Wird bei einer ausdrücklichen Einwilligung der Kreis derjenigen, die Mitwisser werden sollen, und der Umfang, inwieweit die dem Arzt bekannten Geheimnisse mitgeteilt werden sollen, sich noch halbwegs eindeutig feststellen lassen, so wird dies bei einer stillschweigenden Zustimmung schwieriger und fragwürdiger.

Schon bei dem Beispiel der Einstellungsuntersuchung wird fraglich, ob der Patient lediglich die Mitteilung des Ergebnisses, ob für den betreffenden Arbeitsplatz tauglich oder nicht, an den Arbeitgeber wünscht, oder ob seinem Verhalten entnommen werden kann, daß er mit der Mitteilung weiterer Befunde, die dem Arbeitgeber selbst anstelle des Arztes die Entscheidung über die Verwendung ermöglichen, einverstanden ist.

Nur allein die Erkenntnis des Patienten hinsichtlich der Tragweite der Befreiung von der Schweigepflicht setzt den Umfang der Befreiung fest, die Einwilligung ist kein "alles oder nichts" (162). Da diese Erkenntnis, wenn sich der Patient nicht ausdrücklich geäußert hat, immer nur unsicher zu objektivieren ist (163), ist es für den Arzt ratsam, sich die Einwilligung stets schriftlich (164) und umfangmäßig hinreichend bestimmt erklären zu lassen, um straf- und zivilrechtlichen Folgen einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht zu entgehen.

Auch eine formularmäßige schriftliche Erklärung des Patienten über die Befreiung von der Schweigepflicht, wie sie dem Arzt häufig von privaten Versicherungsunternehmen vorgelegt wird, ist mit Vorsicht zu behandeln (165), da sie oft die Befreiung gegenüber einem nicht zu übersehenden Kreis von weiteren Stellen und zu nicht mehr kontrollierbaren Zwecken enthält. Der Patient muß sich aber, wenn die Erklärung wirksam sein soll, wenigstens im wesentlichen der Tragweite seiner Befreiungserklärung bewußt sein und wissen, in was er einwilligt (166).

Eine formularmäßige, generelle Ermächtigung zur Weitergabe persönlicher Daten, wie von Versicherungsunternehmen häufig verwendet, muß deshalb so ausführlich und transparent gestaltet sein, daß der Betroffene auch ohne wirtschaftliche und versicherungsrechtliche Kenntnisse das Ausmaß der Einwilligung im wesentlichen erkennen kann (167). Eine diesen Anforderungen nicht genügende Erklärung kann den Arzt nicht wirksam von der Schweigepflicht entbinden.

Dem Arzt obliegt es, durch Aufklärung über das, was mitgeteilt werden soll, die Einsicht des Patienten zu erweitern und so die Einwilligungserklärung mit dem tatsächlich Offensbarten zur Deckung zu bringen.

Allerdings wird der Arzt den Patienten nicht über alles aufklären wollen und können, was ihm an Geheimnissen bekannt ist. So enthalten die Aufzeichnungen des Arztes außer rein objektiven medizinischen Befunden oft auch Wertungen und Einschätzungen des Arztes von dem Patienten (168) oder Mitteilungen Dritter, die dem Patienten nicht bekannt sind, in deren Weitergabe er folglich nicht einwilligen kann (169).

Daraus folgt, daß Krankenblätter, Karteikarten oder sonstige ärztliche Aufzeichnungen nicht als Ganzes ohne weiteres von der Zustimmung des Patienten zur Offenbarung erfaßt sind und deren Weitergabe grundsätzlich unzulässig ist (170).

Eine Entbindung von der Schweigepflicht durch schlüssiges Handeln wurde bisher von Rechtsprechung und Literatur (171) im Bereich der Sozialleistungen dann angenommen, wenn sich jemand zur Erreichung eines bestimmten Zieles oder zur Inanspruchnahme einer besonderen Leistung untersuchen oder behandeln ließ (172). Demnach lag bereits mit der Geltendmachung eines Anspruchs gegenüber der Krankenversicherung oder Unfallversicherung oder einem anderen Sozialleistungsträger stillschweigend die Einwilligung des Antragstellers vor, daß der behandelnde Arzt Auskünfte an den Sozialversicherungsträger weitergeben durfte. Da der Umfang dieser Auskunftspflicht des Arztes nicht gesetzlich ausreichend bestimmt war (173), aber wegen des Grundrechtsschutzes der Privatsphäre eingeschränkt werden mußte, sollte sich die Mitteilung nur auf Tatsachen erstrecken, die für den Leistungsträger zur Feststellung des Anspruchs in Grund und Höhe unbedingt erforderlich sind (174). Dieser Ansicht kann nach der sich aus dem SGB-AT ergebenden Rechtslage nicht mehr gefolgt werden (175).

Keinesfalls darf eine konkludente Einwilligung in die Weitergabe von Patientendaten an die gesetzliche Krankenversicherung in der Übergabe des Krankenscheins an den behandelnden Arzt gesehen werden. Der Patient gibt damit lediglich zu erkennen, daß er Kassenmitglied ist, die gesetzliche Krankenkasse und nicht er folglich für die Kosten der Behandlung aufkommen werde. Ein weiterreichender Wille des Patienten, etwa bezüglich Weitergabe von Diagnosen, Befunden oder ausführlichen Begründungen des Arztes für besonders aufwendige Maßnahmen im Einzelfall, kann nicht angenommen werden (176). Eine solche Annahme würde dem Patienten eine generelle stillschweigende Einwilligung für ein ganzes Quartal unterstellen, wenn er den Krankenschein zu Quartalsbeginn übergibt. Der Patient kann zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht wissen, ob nicht im Laufe des Quartals Krankheiten eintreten oder andere Tatsachen dem Arzt bekannt werden, an deren Nichtweitergabe er ein besonderes Interesse hat. Eine volle Erkenntnis der Tragweite der Zustimmung kann in der Regel hier nicht gesehen werden (177).

c) Die mutmaßliche Einwilligung

Auch die mutmaßliche Einwilligung eines Patienten kann die Offenbarung von Geheimnissen durch den Arzt rechtfertigen. Von Bedeutung ist diese Einwilligungsart einmal, wenn die Einwilligung des Patienten nicht eingeholt werden kann, aber eine Würdigung der Sachlage die Annahme rechtfertigt, daß er sie erteilt haben würde (178), z.B. nach dem Tode des Patienten oder wenn der Arzt die Angehörigen eines bewußtlosen Unfallopfers informiert (179).

Zum anderen soll eine mutmaßliche Einwilligung auch angenommen werden können, wenn die Einwilligung zwar eingeholt werden könnte, jedoch ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß der Patient bereits hierauf keinen Wert legt (180). Dabei muß aber zumindest das mangelnde Interesse des Patienten offen zutage treten (181). Da hier die Gefahr einer rechtswidrigen Verletzung der Geheimsphäre sehr nahe liegt, sollte die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung sehr restriktiv gehandhabt werden, wenn noch irgendein Weg offen ist, die ausdrückliche Einwilligung vom Patienten zu erhalten.

Dieses Problem wird besonders bei der Weitergabe der Patientenkartei anlässlich eines Praxisverkaufs und beim Arztwechsel relevant. So nimmt der Bundesgerichtshof (BGH) in seinem heftig kritisierten Urteil vom 7.11.1973 (182) an, daß die Überlassung der Behandlungsunterlagen bei Praxisübernahme regelmäßig im Interesse des einzelnen Patienten liege und seinem mutmaßlichen Willen entspreche. Dies entspricht aber keineswegs der Praxis, die zeigt, daß der Patient sein Vertrauen zum bisherigen Arzt nicht ohne weiteres auf den übernehmenden Arzt überträgt, sondern höchstens erst einen Versuch mit diesem macht, wo eben erst festgestellt werden soll, ob das gleiche Vertrauen aufgebaut werden kann, das dem Vorgänger den Zugang zu den persönlichen Geheimnissen verschafft hat, oder ob der Arzt gewechselt werden soll (183).

§ 2 Abs. 6 der Berufsordnung für deutsche Ärzte (184), der mehrere denselben Patienten gleichzeitig oder nacheinander behandelnde Ärzte untereinander von der Schweigepflicht insoweit befreit, als der Patient nicht etwas anderes bestimmt, widerspricht den Grundsätzen des Berufsgeheimnisses und den Wirksamkeitserfordernissen der Einwilligung (185).

d) Ergebnis

Die verschiedenen Formen der nicht ausdrücklich erklärten Einwilligung beinhalten eine Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten, die zudem für den offenbarenden Arzt die Gefahr eines strafrechtlich relevanten Verstoßes gegen das Gebot der Verschwiegenheit birgt.

Das neue SGB versucht im Interesse des Patienten am Schutz seiner Geheimsphäre und im Interesse der Allgemeinheit an einem ungestörten Vertrauensverhältnis in der Arzt-Patienten-Beziehung als Voraussetzung für die ärztliche Tätigkeit schlechthin (186), Rechtsklarheit hinsichtlich der Einwilligung in die Auskunftserteilung des Kassenarztes an die gesetzlichen Krankenkassen zu schaffen, indem es von der ausdrücklich erklärten Zustimmung ausgeht (187).

2. Auskunftspflicht des Arztes auf Grund eines Gesetzes

a) Allgemeine Grundsätze

Selbstverständlich ist es, daß der Patient über seine verfassungsrechtlich geschützte Geheimsphäre selbst verfügen kann. Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch auch der Staat oder ein Dritter gerechtfertigt in die Geheimsphäre eines anderen eingreifen, indem er geheime Tatsachen ohne die Zustimmung des Betroffenen oder sogar gegen dessen ausdrücklichen Willen offenbart. Der Grundrechtsschutz der Menschenwürde und der freien Persönlichkeitsentfaltung, im Wesensgehalt unantastbar, findet seine Schranken jedoch dort, wo die Offenbarung zum Schutz überwiegender Interessen notwendig ist (188).

Insbesondere auf den Gebieten des Gesundheitswesens und der Rechtspflege treffen des Arzt gesetzliche Offenbarungspflichten, bei denen er nicht mehr die Wahl hat, ob er Schweigen oder Offenbaren der Interessenlage angemessener hält, sondern wo er - meist bei Strafe - verpflichtet ist, sein Wissen preiszugeben (189).

Aus Rechtsprechung und Literatur geht der Grundsatz hervor, daß es nur Gründe absoluter Notwendigkeit (190) sein können, die den Eingriff in das Arztgeheimnis entgegen den Interessen des einzelnen Patienten zulässig machen können. Lehre und Rechtsprechung (191) haben hierfür Maßstäbe entwickelt, die im gesetzlichen rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB ihre Kodifizierung gefunden haben. Nach dieser Vorschrift handelt nicht rechtswidrig, wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn bei Abwägung der widerstrebenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt; dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

Der Staat hat grundsätzlich bei gesetzlichen Eingriffen in die geschützten Interessensphären des Bürgers diese Maßstäbe in derselben Weise zu beachten wie der einzelne, der einen strafrechtlichen Tatbestand in der Notstandssituation des § 34 StGB gerechtfertigt verwirklicht (192).

b) Überblick über die gesetzlichen Anzeigepflichten des Arztes

Die wichtigsten Vorschriften aus der Reihe der gesetzlichen Auskunftspflichten geben ein Beispiel dafür, welchen Rang der Gesetzgeber der ärztlichen Schweigepflicht beigemessen hat im Vergleich zu kollidierenden anderen wichtigen Interessen (193).

aa) Anzeigepflicht nach §§ 138, 139 StGB

§ 138 StGB bestraft denjenigen, der es unterläßt, zu einer Zeit, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann, rechtzeitig bestimmte Delikte, die sich als besonders schwere und für die Allgemeinheit gefährliche Rechtsbrüche darstellen, anzuzeigen, u.a. Mord, Totschlag, Menschenhandel, Freiheitsberaubung oder eine Reihe von gemeingefährlichen Straftaten.

Der Arzt ist jedoch gemäß § 139 Abs. 3 Satz 2 StGB ebenso wie der Rechtsanwalt und Verteidiger zu dieser Anzeige nicht verpflichtet, wenn ihm die Tat in dieser Eigenschaft anvertraut worden ist und er sich ernsthaft bemüht hat, den Täter von der Tat abzuhalten oder den Erfolg abzuwenden. Diese Ausnahme gilt jedoch nicht bei Mord, Totschlag, Völkermord, erpresserischem Menschenraub, Geiselnahme oder Angriff auf den Luftverkehr durch eine terroristische Vereinigung (§ 139 Abs. 3 Satz 1 StGB).

Der Gesetzgeber hat hier das durch die ärztliche Schweigepflicht geschützte Rechtsgut über die von den in § 138 StGB aufgezählten Delikten bedrohten Rechtsgüter und über die Interessen der Rechtspflege als Organ der Verbrechensverhütung gestellt, bewertet aber wiederum durch die absolute Anzeigepflicht zunächst nur für Vorhaben von Mord und Totschlag das durch die §§ 211 f StGB geschützte Rechtsgut des menschlichen Lebens höher als das Rechtsgut des § 203 StGB. Die Möglichkeit der Rettung eines Menschenlebens durch die Anzeige ist ohne Zweifel ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Aufopferung der ärztlichen Schweigepflicht, wohingegen nach geschahener Tat grundsätzlich der Schutz des Patienten- (= Täter-) geheimnisses durch das Zeugnisverweigerungsrecht des wissenden Arztes gegenüber dem dann "nur noch" bestehenden Strafverfolgungsinteresse durchgreift.

Die Interessenlage, die dieser Abwägung zugrunde lag, besteht wohl auch in gleicher Weise für die Menschenleben bedrohenden Delikte des Völkermordes, nicht unbedingt auch für die 1976 zusätzlich in den § 139 StGB eingefügten Straftaten der Geiselnahme oder des Angriffs auf den Luftverkehr, wo die Tötungsabsicht nicht jederzeit impliziert werden darf. Bedenklich wird die Interessenabwägung hinsichtlich der Straftat des erpresserischen Menschenraubes durch terroristische Vereinigungen, die der Gesetzgeber un-er dem

Eindruck des politischen Terrorismus im Interesse von erhofften größeren Ermittlungserfolgen der Rechtsverfolgungsbehörden vorgenommen hat (194). Die Anzeigepflicht u.a. des Arztes erstreckt sich damit auch auf eine Vereinigung, die ausschließlich aus gewinnstüchtigen Gründen ihre Tätigkeit auf erpresserischen Menschenraub gerichtet hat, ohne Tötungsdelikte in ihre Zielsetzung aufzunehmen oder zu begehen; eine solchermaßen charakterisierte Straftat steht in ihrer strafrechtlichen Bedeutung den Tötungsdelikten nicht gleich, eine Umkehr der Schweigepflicht in eine Anzeigepflicht bei derartigen Fällen erscheint nicht gerechtfertigt (195).

bb) Anzeigepflicht aus gesundheitspolitischen Gründen

1.) nach dem Bundesseuchengesetz (BSeuchG)

Das BSeuchG erlegt dem behandelnden Arzt für die in § 3 BSeuchG aufgeführten Krankheiten (196) eine Anzeigepflicht gegenüber dem Gesundheitsamt auf (§§ 4, 6 Abs. 4 BSeuchG). Der Gesetzgeber hat hier diejenigen Infektionskrankheiten einbezogen, die eine besondere Gefährdung für die Gesundheit und das Leben der Mitmenschen und damit einen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit darstellen. In diesen Fällen muß dem Schutz dieser Rechtsgüter gegenüber das Recht des Kranken zurücktreten, daß niemand von seiner Krankheit erfährt, was sicher auch z.B. bei einer offenen Tuberkulose für den Patienten Nachteile bringt, die er aber in Kauf nehmen muß.

Da bei der Feststellung der Krankheit durch den Arzt bereits eine konkrete Gefährdung der Umgebung des Kranken und wegen der epidemischen Ausbreitungsmöglichkeit auch der Allgemeinheit gegeben ist, die vom Arzt und Patienten allein nicht mehr beherrscht werden kann, ist die Durchbrechung der Schweigepflicht durch Anzeige an die Gesundheitsbehörde das einzig taugliche Mittel, da nur die Mittel und die Organisation des öffentlichen Gesundheitsdienstes die Gefährdung durch den Kranken eingrenzen können (197).

2.) nach dem Geschlechtskrankheitengesetz (GeschlKrG)

Aus den nämlichen Gründen wie beim BSeuchG hat der Gesetzgeber dem Arzt bei der Feststellung einer der in § 1 GeschlKrG aufgeführten Geschlechtskrankheiten eine Anzeigepflicht auferlegt (§§ 11 Abs. 2, 12, 13, 27 GeschlKrG). Gleichzeitig macht das Gesetz den bei Grundrechtseingriffen einzuhaltenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs besonders deutlich. Nur das mildeste von mehreren möglichen und geeigneten Mitteln (198) darf angewendet werden. Denn das Gesetz begnügt sich grundsätzlich mit einer Anzeige ohne Namensnennung, sodaß die Anonymität und damit die Privatsphäre und die Würde des Kranken gewahrt bleiben (§11 Abs. 2 GeschlKrG).

Erst wenn der Patient selbst das ihm mögliche und zumutbare unterläßt, um die von ihm ausgehende Gefahr von Dritten fernzuhalten, muß der Arzt das einschneidendere Mittel der namentlichen Nennung anwenden. Solange sich der Patient der ärztlichen Behandlung nicht entzieht oder seine Lebensweise bzw. seine allgemeinen Lebensumstände keine ernste Gefahr der Übertragung auf andere bergen oder solange er nicht offensichtlich falsche Angaben über die Ansteckungsquelle gemacht hat oder solange bei einem Minderjährigen die ordnungsmäßige Behandlung und Betreuung auf Grund der Verantwortung der Erziehungsberechtigten gewährleistet ist (§ 12 Abs. 1 Z. 1-4 GeschlKrG), ist durch die Meldung ohne Namensnennung dem Interesse der Allgemeinheit an der Kontrolle der Geschlechtskrankheiten genügegetan, während das gerade hier im Interesse der sachgemäßen und raschen Behandlung unbedingt erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt keine Beeinträchtigung erfährt.

Auch wenn der Patient der Behandlung nicht folgt, wird er wegen dieses Interesses vor der namentlichen Meldung erst noch schriftlich zur Wiederaufnahme der Behandlung aufgefordert; zudem sind derartige Meldungen, um den Kreis der Mitwisser so klein wie möglich zu halten, im verschlossenen Umschlag zu versenden und gemäß der Aufschrift auf dem Umschlag nur von einem Arzt der Gesundheitsbehörde zu öffnen (199).

c) Weitere gesetzliche Offenbarungspflichten des Arztes

Weitere gesetzliche Anzeigepflichten für den Arzt enthalten das Impfgesetz (§§ 7 f), die Betäubungsmittelverschreibungsverordnung (§§ 9, 15), das Jugendwohlfahrtsgesetz (§ 78), das Bundessozialhilfegesetz (§ 125) und das Personenstandsgesetz (§§ 16, 17, 24, 33) (200).

Weitere Auskunftspflichten bestehen für den Amtsarzt und den Arzt als Sachverständigen vor Gericht. Hier ergeben sich Begründung und Umfang aus einer Duldungspflicht (201), der der Betroffene unterliegt und die ihm meist neben anderen noch gravierenderen Grundrechtseingriffen in seinen durch die ärztliche Schweigepflicht geschützten Rechten einschränkt.

So hat jeder Wehrpflichtige die Musterungsuntersuchung zu dulden und die damit verbundenen Eingriffe in seine körperliche Integrität wie z.B. Blutabnahmen. Das Ergebnis dieser Untersuchung, ob und inwieweit verwendungsfähig, muß den entsprechenden Behörden mitgeteilt werden, um über die Einziehung zum Wehrdienst entscheiden zu können. Diese Eingriffe erscheinen im Interesse der Allgemeinheit an einer leistungskräftigen Verteidigung gerechtfertigt. Der Musterungsarzt darf aber auch nur das mitteilen, was zur Beurteilung der Tauglichkeit unbedingt erforderlich ist, in-

soweit ist dann eine Berufung auf die ärztliche Schweigepflicht gesetzlich ausgeschlossen (§ 16 Abs. 2 Wehrpflichtgesetz). Ansonsten unterliegen alle weiteren Erkenntnisse des Arztes der Schweigepflicht, ihre Offenbarung kann nur durch die Einwilligung des Betroffenen oder auf Grund einer Notstandssituation gerechtfertigt sein (202).

§§ 81 ff StPO erlegen dem Beschuldigten im Strafverfahren bestimmte Duldungspflichten gegenüber Eingriffen in ihre Grundrechtssphäre auf, wie z.B. die Verbringung in ein psychiatrisches Krankenhaus zur Beobachtung, körperliche Untersuchung, Blutprobenentnahmen, Anfertigung von Lichtbildern und Fingerabdrücken.

Diese Vorschriften lassen diese Eingriffe nur zu, soweit sie notwendig und verhältnismäßig sind. Sinnvoll können diese Eingriffe nur sein, wenn ihr Ergebnis vom ausführenden Arzt als Beauftragten oder Sachverständigen dem Gericht mitgeteilt werden. Die Duldungspflicht des Beschuldigten aus §§ 81 StPO beinhaltet gleichzeitig ihren Umfang. Sobald dem Arzt Geheimnisse bekannt werden, die nicht vom Zweck der Vorschriften erfaßt sind, hat er wieder die Schweigepflicht einzuhalten (203).

c) Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes und Beschlagnahmeverbot

Eine bedeutsame Interessenabwägung hat der Gesetzgeber mit der Statuierung des Zeugnisverweigerungsrechts für den Arzt und des damit korrelierenden Beschlagnahmeverbots vorgenommen (204).

aa) Zeugnisverweigerungsrecht

Im Interesse der Wahrheitsfindung und der Strafverfolgung hat jeder Bürger die Pflicht, vor Gericht als Zeuge auszusagen. Dieser Grundsatz bringt die der Schweigepflicht unterliegenden Berufsangehörigen in eine Pflichtenkollision (205), die der Gesetzgeber zugunsten der Schweigepflicht gelöst hat (§§ 53, 53 a StPO, 383 ZPO). Der Staat hat der Wahrheitsermittlung der Gerichte, bei der es, insbesondere im Strafprozeß, um höchstwertige staatliche Interessen gehen kann, mit der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht Schranken gesetzt (206) und damit den hervorragenden Rang des Persönlichkeitsrechts in unserer Rechtsordnung unterstrichen (207). Diese Wertung wurde von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wiederholt bestätigt (208).

Das Recht zur Zeugnisverweigerung verwehrt dem Arzt nicht, dennoch - aber auch nur dann - ohne Einwilligung des Betroffenen eine Aussage zu machen, wenn er nach gewissenhafter Interessenabwägung zu der Ansicht gekommen ist, daß dies der einzige Weg sei, um ein höherwertig erachtetes Rechtsgut zu schützen (209). Diese Entscheidung hat der

Arzt allein unter rein arztethischen Gesichtspunkten zu fällen (210); das Gericht kann dem Arzt nicht bindend vorschreiben, es läge ein Fall höherwertigen Interesses vor und er müsse aussagen (211). Der Arzt kann, wenn er das Überwiegen der Schweigepflicht annimmt, nicht zur Aussage gezwungen werden (212).

Hat der Patient den Arzt von der Schweigepflicht vor Gericht entbunden, so lebt die Aussagepflicht des Arztes als Zeuge vor Gericht wieder auf. Sie kann aber nur soweit bestehen, wie sie von der Einwilligung des Patienten wirksam erfaßt ist (213). Für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung ist hier kein Platz (214).

bb) Beschlagnahmeverbot

Dem Zeugnisverweigerungsrecht kann die vom Gesetzgeber gewollte Bedeutung nur dann in vollem Maße zukommen, wenn es nicht durch Zwangszugriff auf Krankenblätter, Krankenkarteien und andere Unterlagen, die Patientendaten enthalten, umgangen werden kann (215). Das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO ergänzt den Schutz des Privatgeheimnisses, indem es Aufzeichnungen des Arztes über vom Beschuldigten anvertraute Mitteilungen oder über andere Umstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt, soweit sie sich im Gewahrsam des Arztes befinden (216), der Beschlagnahme entzieht.

Auf die Geheimnisse erstreckt sich das Zeugnisverweigerungsrecht und damit das Beschlagnahmeverbot insofern nicht mehr, als der Patient den Arzt von der Schweigepflicht entbunden hat. Krankenblätter und Krankenkarteien enthalten Aufzeichnungen des Arztes, auf die sich die Einwilligung des Patienten nicht beziehen kann (217). Auch wenn die Einwilligung hinsichtlich der dem Patienten bekannten Bestandteile wirksam ist, so entzieht sich das Papier dennoch der Beschlagnahme, weil der beschlagnahmefähige Teil von dem beschlagnahmefreien Teil in aller Regel nicht getrennt werden kann (218).

d) Die Auskunftspflicht des Arztes nach der RVO

Die stete Weiterentwicklung der sozialen Sicherung erweitert ständig den Kreis der Leistungsberechtigten, der Katalog des Leistungsangebots wird immer umfangreicher. Um ihren gesetzlichen Aufgaben nachkommen zu können, muß den Sozialleistungsträgern ein Weg offenstehen, um Grund und Umfang der Leistungspflicht feststellen zu können (219).

Zu diesem Zweck wird eine Reihe von Vorschriften in Anspruch genommen, die eine Auskunftspflicht des Arztes begründen können sollen. Da damit ein schwerwiegender Grundrechtseingriff verbunden ist, bedürfen diese Vorschriften einer sorgfältigen Überprüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin an-

hand der Grundsätze der Interessenabwägung (220). Lenckner (221) spricht im Zusammenhang mit diesen Vorschriften von einer "wenig exakt geregelten Materie", Eb. Schmidt (222) hält "für höchst eigenartig, daß die RVO es nicht für nötig gehalten hat, Gegenstand und Grenzen dieser ärztlichen Auskunftspflicht, durch deren Erfüllung notwendigerweise Berufsgeheimnisse ständig preisgegeben werden, eingehend zu regeln", und in der RVO nur "gelegentliche Zufallsbestimmungen" zu finden sind, die sich auf die ärztliche Auskunftspflicht beziehen. Liebhardt (223) stellt fest, daß zwar in der arztrechtlichen Literatur und in den Großkommentaren zum Kassenarztrecht und zur Krankenversicherung wie selbstverständlich von den RVO-Regelungen der §§ 368 ff als gesetzlicher Grundlage einer Offenbarungspflicht der Kassenärzte an die Sozialversicherungsträger ausgegangen wird, daß aber auffälligerweise in den Standardwerken der strafrechtlichen Literatur diese Vorschriften in diesem Zusammenhang nicht erwähnt werden. Nach Woesner (224) bedürfen die hier einschlägigen Bestimmungen kritischer Würdigung, wobei insbesondere Klarheit darüber vonnöten ist, daß nicht alles, was in diesem Bereich im Gewande der gesetzesvertretenden Rechtsquellen in Erscheinung tritt, ohne weiteres Rechtswirksamkeit für sich in Anspruch nehmen dürfe.

aa) Auskunftspflicht nach § 1543 d RVO

§ 1543 d RVO verpflichtet den die Unfallbehandlung vornehmenden Arzt, dem Träger der Unfallversicherung Auskunft über die Behandlung und den Zustand des Verletzten zu erteilen.

Von einem Großteil der Literatur wurde die Auskunftspflicht als für den Arzt verbindlich angesehen mit der Folge, daß der Arzt unabhängig von dem Willen des Patienten dem Träger der Unfallversicherung Auskunft zu geben hat (225).

Da die Vorschrift damit in die Grundrechte des Patienten eingreift, muß sie den Grundsätzen der Interessenabwägung genügen, insbesondere ist zu fragen, ob das dem § 1543 d RVO zugrunde liegende gesetzgeberische Ziel als höherrangig gegenüber der Schweigepflicht anzusehen ist und ob dieses Ziel auf andere Weise als durch den Bruch der Schweigepflicht nicht erreicht werden kann (226).

Der Unfallversicherungsträger hat bei einer durch Unfall verursachten Krankheit für die Kosten der Behandlung und für den Lohnausfall aufzukommen. Um Leistungsgrund und -umfang nachprüfen zu können, ist er auf Angaben des Arztes über Diagnose, Behandlung und Arbeitsunfähigkeitsdauer angewiesen.

Das Interesse des Unfallversicherungsträgers ist darauf gerichtet, im Interesse der Versichertengemeinschaft nur für gerechtfertigte Forderungen aufkommen zu müssen. Der Auskunftspflicht liegen also rein finanzielle Interessen zu-

grunde.

Auch ein finanzielles Interesse ist durchaus "notstandsfähig". Jedoch ergibt bereits ein bloßer Wertvergleich zwischen den konkurrierenden Rechtsgütern, daß das finanzielle Interesse im konkreten Fall einen Eingriff in die Schweigepflicht nicht wesentlich überwiegen kann (227). Eine konkrete Gefährdung des finanziellen Interesses liegt gar nicht im Bereich des zu Erwartenden, da ein Schaden für den Unfallversicherungsträger nicht eintritt, wenn er die erforderlichen Auskünfte nicht erhält. Denn der Versicherte hat darauf hinzuwirken, daß dem Unfallversicherungsträger diese Auskünfte zur Verfügung stehen. Verhindert er dies, indem er die Zustimmung zur Offenbarung nicht gibt, ist der Unfallversicherungsträger nicht zur Leistung verpflichtet (228). Das Ziel, die benötigten Auskünfte zu erhalten, kann und darf also nur über die Zustimmung des Betroffenen erreicht werden.

Die Rechtsprechung (229) hatte den Grundsatz entwickelt, daß derjenige durch schlüssiges Handeln auf die Einhaltung der ärztlichen Schweigepflicht verzichtet, der die Leistungen der Sozialversicherung in Anspruch nimmt, woraus sich die auf den konkreten Leistungsanspruch bezogene Befreiung des Arztes für den Bereich der Sozialversicherung ergab (230).

Die Befreiung ist ein Teil der Mitwirkungspflichten des Versicherten: Die durch das Versicherungsverhältnis begründete Mitgliedschaft des Versicherten zur gesetzlichen Krankenkasse berechtigt ihn nicht nur zur Inanspruchnahme aller Leistungen und der Betreuung durch den Versicherungsträger, sie verpflichtet ihn als Glied der Solidargemeinschaft auch zur Mitwirkung im Rahmen des Versicherungsverhältnisses.

Die Mitteilung und die Anzeige aller für die ordnungsgemäße Abwicklung der Versicherung notwendigen Umstände, insbesondere, soweit sie dazu dienen, die Interessen des Versicherungsträgers und damit der Versichertengemeinschaft zu wahren, gehören zur Mitwirkung des Versicherten im Rahmen des Versicherungsverhältnisses (231).

Ein Teil der Literatur ist dieser Ansicht gefolgt (232): der Patient befreie den Arzt mit der Inanspruchnahme von Kassenleistungen stillschweigend von der Schweigepflicht, soweit die Mitteilungen über Diagnose, Befund und Behandlungsweise für die Kassen zur Prüfung ihrer Leistungspflicht erforderlich sind.

Bei Annahme einer solchermaßen stillschweigend zustandegewonnenen Einwilligung muß folgerichtig der Patient, besteht er im Einzelfall doch auf der Einhaltung der Schweigepflicht - um den Preis des Verlustes seiner Ansprüche -, diesen gegenteiligen Willen dem Arzt deutlich machen (233).

Dieser Ansicht kann seit Inkrafttreten des Allgemeinen Teils des SGB nicht mehr gefolgt werden. Das Gesetz besinnt sich hinsichtlich der Mitwirkungspflicht des Leistungsberechtigten (§§ 60 ff SGB-AT) wieder auf die Bedeutung der Schweigepflicht und geht vom Grundsatz der ausdrücklich erklärten Einwilligung aus (234), deren Verweigerung nicht in jedem Falle, z.B. bei Unzumutbarkeit der Einwilligung, den Verlust der Ansprüche zur Folge hat (235). Nur eine ausdrückliche Einwilligung des Verletzten kann die Auskunft des Arztes an den Unfallversicherungsträger rechtfertigen.

Damit kann auch endgültig die in der Praxis vielfach vertretene, teils auf § 1543 d RVO gestützte Auffassung nicht mehr vertreten werden, daß eine Schweigepflicht des Arztes allgemein gegenüber den Sozialversicherungsträgern nicht bestehe (236).

bb) Auskunftspflicht nach dem Kassenarztrecht

1.) gemäß § 368 Abs. 2 RVO

§ 368 Abs. 2 RVO bestimmt, daß neben der ärztlichen Behandlung u.a. auch die Ausstellung von Bescheinigungen und die Erstellung von Berichten, die die Krankenkassen und der Vertrauensärztliche Dienst (VÄD) zur Durchführung ihrer gesetzlichen Aufgaben und die die Versicherten für den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeldes benötigen, zur kassenärztlichen Versorgung gehören.

Allein auf Grund dieser Vorschrift wird von manchen eine Auskunftspflicht des Arztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen ohne Berücksichtigung des Patientenwillens angenommen (237). Der Kassenarzt soll hinsichtlich der Ausstellung solcher Papiere als Funktionsträger der gesetzlichen Krankenversicherungsträger tätig sein im Sinne des in Abs. 1 erwähnten Zusammenwirkens zur Durchführung der gesetzlichen Aufgaben (238).

Die Vorschrift besagt nicht, welche Auskünfte im einzelnen zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind, und ist insofern als Eingriffsgrundlage bereits zu unbestimmt. Soll z.B. die Arbeitsunfähigkeit bescheinigt werden, was für sich schon grundsätzlich die Offenbarung eines Patientengeheimnisses ist, so sagt die Vorschrift nichts darüber aus, daß auch Diagnose und Befund angegeben werden sollen, wie es aber auf den dafür vorgesehenen Formularen für die Krankenkassen als ganz selbverständlich verlangt wird (239).

Auch wenn man den Kassenarzt hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten, die weniger das Arzt-Patienten-Verhältnis betreffen wie Behandlung und Betreuung, sondern mehr die Vermittlung mittelbarer Leistungen der Krankenkassen wie z.B. Krankengeld, als Funktionsträger der Krankenkassen ansehen will,

so haben die Krankenkassen dennoch keinen absoluten Anspruch gegenüber dem Patienten auf Einholung betreffender Auskünfte über die Kassenärzte als "Gehilfen", da es den Patienten im Bereich des Sozialleistungsrechts freisteht, ob und welche Auskünfte sie zur Kenntnis der Krankenkassen gelangen lassen wollen und damit die erforderliche Überprüfung des Leistungsanspruchs ermöglichen wollen, oder ob sie auf ihren Anspruch verzichten wollen im Interesse ihrer Privatsphäre.

2.) gemäß § 368 g RVO in Verb. mit §§ 2, 21, 30 BMV-Ä

Zwecks Gewährleistung einer gleichmäßigen, ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung der Kranken schließen die kassenärztlichen Vereinigungen und die Verbände der Krankenkassen bzw. die jeweiligen Bundesverbände schriftliche Verträge miteinander ab (§ 368 g RVO).

Der zu diesem Zweck abgeschlossene Bundesmantelvertrag für Ärzte (BMV-Ä) vom 28.8.1978 (240) schafft für die Mitglieder der beiden Vertragsseiten objektives Recht (241).

§ 2 Abs. 1 BMV-Ä wiederholt, was die Auskunftspflicht des Arztes betrifft, lediglich den Wortlaut des § 368 Abs. 2 RVO und geht damit nicht mehr über den von der RVO gesetzten Rahmen hinaus wie § 2 Abs. 1 a.F. BMV-Ä (242), der nicht nur die Ausstellung von Bescheinigungen, sondern auch die "Erteilung von Auskünften" verlangte, die die Krankenkassen zur Durchführung "ihrer Aufgaben", nicht nur ihrer gesetzlichen, benötigen (243).

Gemäß § 21 Abs. 2 BMV-Ä soll die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit auf den dafür vorgesehenen Vordrucken erfolgen. Der entsprechende Vordruck (244) verlangt die Angabe von Diagnose, Befund und gegebenenfalls, ob die Krankheit Unfallfolge ist. Gemäß § 21 Abs. 9 BMV-Ä soll der Kassenarzt, wenn zwischen ihm und dem VÄD über das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit oder in einer anderen Hinsicht Meinungsverschiedenheiten bestehen, unter Darlegung seiner Gründe die Krankenkassen unterrichten. Diese Vereinbarungen können als "Sollvorschriften" keine Auskunftspflicht des Arztes begründen, zumal Abs. 2 nur eine Formvorschrift ist.

§ 21 Abs. 7 BMV-Ä bestimmt: "Der Kassenarzt erteilt dem VÄD diejenigen Auskünfte, die dieser zur Durchführung seiner gesetzlichen Aufgaben (§ 369 b Abs. 1 RVO) benötigt" Auch wenn hier von "Auskünften" die Rede ist, so deckt sich diese Vorschrift bezüglich der Auskunftspflicht gegenüber dem VÄD in der Praxis mit § 2 Abs. 1 BMV-Ä bzw. § 268 Abs. 2 RVO.

§ 30 Abs. 1 BMV-Ä verpflichtet den kassenarzt, den Krankenkassen auf Verlangen die Auskünfte und Bescheinigungen zu erteilen, die die Krankenkassen zur Durchführung "ihrer Aufgaben" benötigen. Man kann davon ausgehen, daß bei der An-

passung des § 2 ("gesetzliche Aufgaben") § 30 übersehen worden ist und dem Arzt durch § 30 Abs. 1 BMV-Ä keine über § 368 RVO bzw. § 2 BMV-Ä hinausgehende Verpflichtung auferlegt werden sollte (245), etwa auf rein vertragliche Aufgaben.

Nach § 30 Abs. 2 BMV-Ä hat der Kassenarzt der Krankenkasse unverzüglich Mitteilung zu machen bei Krankheiten, für deren Kosten Dritte aufzukommen haben, um der Krankenkasse den Rückgriff auf diese zu ermöglichen.

Die genannten Vorschriften des BMV-Ä müssen, um eine für den Kassenarzt verbindliche Auskunftspflicht begründen zu können, mit dem Gesetz in Einklang stehen (246). Ebenso wie § 368 Abs. 2 RVO fehlt diesen Vorschriften einmal die erforderliche Bestimmtheit, welche Eingriffe in seine Privatsphäre der Patient im einzelnen hinzunehmen hätte - § 368 g wäre eine untaugliche Ermächtigungsnorm (247) -, zum anderen steht es wie bereits erwähnt allein dem Patienten zu, durch eine entsprechende Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht der Krankenkasse die Überprüfung des Anspruchs zu ermöglichen oder durch die Verweigerung der Mitwirkung die Krankenkasse von ihrer Leistungspflicht freizustellen.

cc) Ergebnis

Eine Auslegung der RVO-Vorschriften dahin, daß der Arzt gegen den Willen des Patienten immer zur Auskunft gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen verpflichtet wäre, ist unzulässig (248). Sie verstößt gegen Art. 1 und 2 GG und ist damit verfassungswidrig. In verfassungskonformer Auslegung können diese Vorschriften den Arzt nur aus dem Innenverhältnis Krankenkasse-Kassenarzt heraus verpflichten, Auskünfte an die Kasse weiterzugeben, soweit der Patient ihn wirksam von der Schweigepflicht entbunden hat (249).

3. Offenbarungsbefugnis des Arztes nach den Grundsätzen der Interessenabwägung

Der Arzt offenbart ohne oder gegen den Willen des Patienten dessen Geheimnis auch gerechtfertigt, wenn er nicht anders als durch die Offenbarung eine konkrete Gefahr von einem das Patienteninteresse an Verschwiegenheit wesentlich überwiegenden Interesse abwenden kann (250).

Das Reichsgericht (251) hatte die Mitteilung eines Arztes an eine Patientin, daß ihre von ihm ebenfalls behandelte Schwägerin an einer "ansteckenden Krankheit" leide, verbunden mit der Warnung an deren Kinder, ihre Tante zu berühren, unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung gebilligt.

Der Bundesgerichtshof (252) hat die Frage, ob ein Arzt ohne

die Einwilligung oder sogar gegen den Willen des Patienten die Verkehrsbehörde benachrichtigen dürfe, wenn dieser Patient mit seinem Kraftwagen am Straßenverkehr teilnahm, obwohl er wegen seiner Erkrankung nicht mehr fähig war, ein Kraftfahrzeug ohne Gefahr für sich oder andere zu führen, dahingehend entschieden, daß das öffentliche Interesse an der Sicherheit des Straßenverkehrs dem individuellen Bedürfnis nach Geheimhaltung einer Erkrankung vorgehen müsse und daher hier die Offenbarung den Vorrang vor der Schweigepflicht haben müsse (253).

Dem Arzt muß in einer solchen Situation bewußt sein, daß er der einzige ist, von dem der Patient Beistand und Besserung erwarten kann und daß eine Mitteilung an die Verkehrsbehörde das Vertrauensverhältnis voraussichtlich so tiefgreifend beeinflussen wird, daß der Patient sich jeder ärztlichen Behandlung entziehen wird. Nur die Sicherheit des Patienten, beim Arzt seines Vertrauens nicht einer Meldebehörde gegenüberzustehen (254), wird den Patienten dazu bringen, sich der notwendigen Behandlung zu unterziehen, was dem Arzt wiederum Gelegenheit gibt, seinen Einfluß auf den Patienten wegen der Teilnahme am Straßenverkehr auszuüben. Dadurch kann dem Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit des Straßenverkehrs mehr gedient sein (255), als wenn der Kranke mit seinem gefährlichen Leiden den Arzt meidet.

Der Arzt hat in jedem Einzelfall den konkreten Sachverhalt auf alle seine "positiven und negativen Vorzugstendenzen" hin zu analysieren (256) und dabei den Konkretisierungsgrad der drohenden Gefahr zu berücksichtigen. Ein Anhaltspunkt können für die Abwägung der hierdurch ermittelten kollidierenden Interessen die Entscheidungen des Gesetzgebers sein, etwa hinsichtlich der Seuchen- und Geschlechtskrankheitengesetze (257) oder bei den §§ 138 f StGB, wo der Arzt nur bei für die Allgemeinheit besonders gefährlichen drohenden Straftaten anzeigepflichtig ist (258).

Die Durchbrechung der Schweigepflicht darf für den Arzt immer nur die "ultima ratio" (259) sein. Er hat in erster Linie für seinen Patienten dazusein und nicht Aufgaben, die dem Staat obliegen, gegen die Interessen des Patienten wahrzunehmen, er ist nicht "der Büttel der Polizei" (260).

Allgemein anerkannt ist, daß der Arzt auch hinsichtlich berechtigter eigener Interessen im Einzelfall zur Offenbarung von Patientengeheimnissen befugt sein kann, etwa zur eigenen Verteidigung in einem Straf- oder Disziplinarverfahren oder zur Geltendmachung eigener Honorarforderungen (261).

Zwar handelt es sich bei der Geltendmachung einer Honorarforderung ebenso um finanzielle Interessen des Arztes wie bei dem Auskunftsbegehren der Krankenkassen zur Feststellung ihrer Leistungspflicht, aber hier hat der Arzt bereits

vorgeleistet und einen Anspruch erworben, während die Krankenkassen von der Leistungspflicht frei werden, wenn der Patient nicht im erforderlichen Umfang einwilligt. Zudem kommt es durch die Nichtbezahlung berechtigter Honorarforderungen zur Gefährdung der ärztlichen Existenz und damit der medizinischen Versorgung, die im Interesse der Allgemeinheit notwendig ist (262).

Der Arzt hat dabei stets das am wenigsten einschneidende Mittel anzuwenden (263), so auch bei der gerichtlichen Geltendmachung seiner Honorarforderung. Es genügt zuerst das Einklagen der Rechnung, erst bei weiterer Verweigerung darf die Angabe der Behandlung und bei weiterem Bestreiten der Notwendigkeit der Behandlung die Offenbarung der sie begründenden Befunde erfolgen (264).

Eine Offenbarung gegen den Willen des Patienten an die gesetzlichen Krankenkassen aus Gründen des überwiegenden Interesses wird für den Arzt selten überlegenswert werden. Zu denken wäre an betrügerisches Erschleichen von Versicherungsleistungen. Vorsicht wäre aber auch hier bereits wieder geboten, z.B. bei krankhaften Simulanten (265).

4. Offenbarung gegenüber anderen Schweigepflichtigen

Entgegen der oft geübten, aber dem Recht widersprechenden Praxis hat der Arzt ohne die entsprechende Einwilligung des Patienten keinerlei Offenbarungsbefugnis gegenüber Dritten, die selbst einer Schweigepflicht unterliegen, es sei denn, die Offenbarung ist durch Gesetz oder Interessenabwägung gerechtfertigt. Diese Ansicht wird von der Literatur einheitlich geteilt (266).

Es ist nicht der Ärztestand Geheimnisträger, sondern der persönlich in Anspruch genommene Arzt (267). Anzunehmen ist, daß der Patient bei der Krankenhausbehandlung alle im Stationsbereich tätigen Ärzte ins Vertrauen zu ziehen bereit ist (268). In allen anderen Fällen, etwa bei Zuziehung eines Konsiliarius, bei Information des mit- oder nachbehandelnden Arztes oder bei der Übergabe der Patientenpapiere an einen Praxisnachfolger sollte der Arzt sich stets der ausdrücklichen Einwilligung des Patienten versichern; lediglich, wenn dies nicht möglich ist, etwa wegen Bewußtlosigkeit des Patienten und Eilbedürftigkeit der Einwilligung, kann nach den Grundsätzen der mutmaßlichen Einwilligung verfahren werden (269).

Selbverständlich wird das Patientengeheimnis dann nicht berührt, wenn die Krankengeschichte zu wissenschaftlichen Zwecken, etwa in Fachzeitschriften oder im medizinischen Unterricht, verwendet wird und dabei auf absolute Anonymität geachtet worden ist, sodaß eine Identifizierung des Betroffenen durch Dritte unmöglich ist (270).

Obwohl auch Amtsträger und dem öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete der Schweigepflicht unterliegen (§§ 203, 353 b StGB, 35 SGB u.a.), darf der Arzt diesen gegenüber grundsätzlich keine Mitteilungen machen. Deshalb besteht weder ein Anspruch auf Überlassung von Krankenunterlagen an Dienst-vorgesetzte noch eine generelle Pflicht zur Vorlage von Krankenunterlagen an den Dienstvorgesetzten durch beamtete Ärzte (271). Ausnahme ist wiederum hier die Einwilligung oder, was häufiger der Fall ist, eine Duldungspflicht des Untersuchten gegenüber der anordnenden Behörde auf Grund eines Gesetzes (272).

VI. Die Zustimmung zur Mitteilung an die gesetzliche Krankenversicherung als Mitwirkung des Leistungsberechtigten nach dem SGB

1. Ziel des Sozialgesetzbuches (273)

Der Ausbau der sozialen Sicherung brachte, bedingt durch die notwendigerweise immer stärkeren rechtlichen Differenzierungen der Voraussetzungen und des Umfangs der einzelnen Leistungen, eine fast unübersehbare Zahl von Gesetzen und Verordnungen mit sich (274).

Die Komplizierung, Uneinheitlichkeit und Unüberschaubarkeit der Materie verunsicherten den Bürger hinsichtlich der Berechtigung seiner Ansprüche ebenso wie Rechtsprechung und Verwaltung.

Ziel der Schaffung des neuen SGB ist es, das Sozialrecht für Bürger und Verwaltung transparenter und verständlicher zu machen durch Vereinfachung und Zusammenfassung der Materie in einer umfassenden Kodifizierung (275).

2. Die sozialen Rechte

Die innere Begründung für die Sozialpolitik und das Sozialrecht liegt nicht in abstrakten Zielvorstellungen, sondern in der Verantwortung des Staates und seiner Organe für das Wohlergehen des Bürgers (276).

§ 1 nennt zunächst die wichtigsten Leitvorstellungen, wie sie von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft auf Grund der Entscheidung des Grundgesetzes (277) für den sozialen Rechtsstaat konkretisiert wurden, wobei die beiden Hauptanliegen des sozialen Rechtsstaates, soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit, als verbindliche Grundlagen des Sozialrechts hervorgehoben werden (278).

Eine Konkretisierung dieser Leitlinien bringt § 2 unter der Überschrift "Soziale Rechte" und eine weitere Konkretisierung die §§ 3-10, ohne jedoch dem Bürger bereits einen konkreten Anspruch auf Sozialleistung zu gewähren (§ 2 Abs. 1

Satz 2) (279).

§ 4 Abs. 2 spricht die Aufgaben und Zielvorstellungen an, die die Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung zu erfüllen hat. Danach hat, wer in der Sozialversicherung versichert ist, im Rahmen der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung ein Recht auf notwendige Maßnahmen zum Schutz, zur Erhaltung, zur Besserung und zur Wiederherstellung der Gesundheit und Leistungsfähigkeit und ein Recht auf wirtschaftliche Sicherheit bei Krankheit, Mutterschaft, Minderung der Erwerbsfähigkeit und Alter.

Die letzte Konkretisierung hinsichtlich der sozialen Rechte in der Krankenversicherung und erst damit sozialrechtliche Einzelansprüche beinhalten die §§ 179 ff RVO, auf die bereits die Einweisungsvorschrift des § 21 hinweist.

Anders als in den übrigen Sozialleistungsbereichen muß im Bereich der Sozialversicherung die Zugehörigkeit zu einer Institution (z.B. Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung) als wesentliche Voraussetzung der sozialen Rechte erwähnt werden, weil die von der Sozialversicherung erbrachten Sozialleistungen grundsätzlich auf Beiträgen zu Selbstverwaltungskörperschaften (hier gesetzliche Krankenversicherung) beruhen und der berechnete Personenkreis nur durch das Versicherungsverhältnis (die Mitgliedschaft) abgrenzbar oder auf dieses zurückzuführen ist (280).

3. Die Mitwirkungspflichten als soziale Pflichten

a) Die Begründung der Mitwirkungspflichten

Das Sozialstaatsprinzip darf nicht nur leistungsbegründend verstanden werden, es fordert allgemein auch soziales Verhalten des Leistungsberechtigten gegenüber der Gesamtheit; mit dem Recht auf öffentliche Sozialleistungen ist grundsätzlich im Rahmen des Zumutbaren die Pflicht zur Abwendung oder Minderung des die Leistung begründenden "Schadens" verbunden. Daraus ergeben sich auch Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten (281), bei denen persönliche Beschwerden in zumutbarem Umfang in Kauf genommen werden müssen (282). Die Grenzen der Mitwirkung stellen die Grundrechte der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 GG auf (283).

Der Gesetzgeber hat die mit den sozialen Rechten zusammenhängenden Pflichten nicht in gleicher Weise als Leitlinien des Sozialrechts formuliert mit der Begründung, daß sie teils nur in wenigen Einzelbereichen von Bedeutung sind (z.B. Beitragspflicht), teils als Mitwirkungspflichten die Inanspruchnahme von Sozialleistungen voraussetzen und damit in engem Zusammenhang mit der Regelung der Leistungsansprüche stehen (284). Die Mitwirkungspflichten haben ihren Platz im Dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils unter der Überschrift "Gemeinsame Vorschriften für alle Soziallei-

stungsbereiche dieses Gesetzbuches" nach den "Allgemeinen Grundsätzen" und den "Grundsätzen des Leistungsrechts" gefunden (§§ 60-67).

b) Die Rechtsnatur der Mitwirkungspflichten

Die Rechtsnatur der Mitwirkungspflichten nach §§ 60 ff ist umstritten (285), auch wenn im Ergebnis allgemein feststeht, daß die Mitwirkung nicht erzwingbar ist (286).

Die Nichterzwingbarkeit legt einen Vergleich mit den Mitwirkungspflichten im privaten Versicherungsrecht nahe, wo in § 6 Versicherungsvertragsgesetz hinsichtlich der Mitwirkung von "Obliegenheiten" des Versicherungsnehmers gesprochen wird. Dies hat zu dem Vorschlag geführt, die Mitwirkungspflichten des SGB als "Obliegenheiten" des Leistungsberechtigten aufzufassen in dem Sinne, daß ihre Erfüllung Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruchs aus dem Versicherungsverhältnis ist (287).

Dem läßt sich jedoch entgegenhalten, daß die Mitwirkungspflichten durchaus einen gewissen Zwangscharakter enthalten: Einmal ist es durchaus möglich, daß die Versicherung die Erfüllung der Mitwirkungspflichten im Klageweg durchsetzen kann. In der Praxis wird es hier regelmäßig am Rechtsschutzbedürfnis mangeln, da die Versicherung wegen der Leistungsbefreiung an der Erfüllung kein Interesse mehr hat (288). Die Leistungsbefreiung auf Grund der Nichtmitwirkung stellt für den Versicherten einen mittelbaren Zwang dar, da sie ihn genau so hart oder noch härter treffen kann als ein Erfüllungszwang (289).

Anders verhält es sich aber, wenn die Versicherung bereits geleistet hat und sich dann herausstellt, daß ein Dritter als Schädiger oder Ersatzpflichtiger aufkommen muß, oder daß die Leistung zu Unrecht erfolgte, weil etwa vom Versicherten falsche Angaben gemacht worden sind. Hier ergeben sich für den Versicherten Mitwirkungspflichten zur Aufklärung des Sachverhalts, um dem Versicherer die Geltendmachung des Ersatzanspruchs gegenüber dem Dritten bzw. des Rückforderungsanspruches gegen den Versicherten selbst zu ermöglichen und damit den entstandenen Schaden für die Versicherungsgemeinschaft ausgleichen zu können.

Zwar wird eine Verurteilung zur Abgabe einer entsprechenden Auskunft oder Einwilligung zur Erteilung der Auskunft durch Dritte möglich sein, soweit diese hinsichtlich der Erfordernis und Zumutbarkeit den §§ 60 ff entsprechend zu verlangen ist. Das Gesetz erwähnt diese Rechtsfolge bei Verweigerung der Mitwirkung jedenfalls nicht (290). Eher wird der Versicherte aber verpflichtet werden, dem Versicherer den Vermögensnachteil zu ersetzen, der diesem durch sein Verhalten entstanden ist (291).

In beiden Fällen sieht sich also der Versicherte einem gewissen Zwang ausgesetzt, im erforderlichen Maße mitzuwirken, um nicht durch Leistungsverlust bzw. dadurch, den Schaden selbst tragen zu müssen, schwerwiegende Nachteile zu erleiden. Dies berechtigt, auch dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend (292), in der erforderlichen Mitwirkung eine Pflicht und nicht lediglich eine Obliegenheit zu sehen (293).

Gehen das Bundessozialgericht in der zitierten Entscheidung und Dickmann bei der Erörterung dieses Problems nur von Sozialleistungsverhältnissen auf Grund eines gesetzlichen Versicherungsverhältnisses aus (294), so kann aber auch für die anderen Sozialleistungsbereiche, bei denen die Mitwirkungspflicht nicht direkt aus einem Vertragsverhältnis hergeleitet werden kann, z.B. im Bereich der Ausbildungs- und Arbeitsförderung, der Sozial- und Behindertenhilfe, des Wohn- und Kindergeldes, nichts anderes gelten.

Hier tritt die nämliche Pflicht ein auf Grund eines sozialrechtlichen Verhältnisses, das durch die Inanspruchnahme der vom Staat bereitgestellten Sozialleistung durch den Bürger entsteht. Eine Nichterfüllung der Mitwirkungspflicht kann dieselbe einschneidende Folge des Leistungsverlustes bewirken (295).

Hat bei den gesetzlichen Duldungspflichten (BSeuchG, Geschl KrG, §§ 81 ff StPO u.a.) der Betroffene einen Grundrechtseingriff hinzunehmen im Interesse der Allgemeinheit, so muß er hier selbst Grundrechtspositionen preisgeben im Interesse der Allgemeinheit bzw. der Versichertengemeinschaft, allerdings auch zu eigenem Nutzen. Die Grundsätze der Interessenabwägung sind dabei ebenso anzuwenden, insbesondere das Übermaßverbot, das verhindert, daß der einzelne aus sozialer Notlage unangemessen große Stücke seiner Rechts- und Freiheitspositionen aufgibt (296).

Eben dieser wenn auch nur mittelbare Zwang, Auskünfte über private Angelegenheiten geben zu müssen, um den Anspruch auf Leistungen, die der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit dienen sollen, wahrnehmen zu können, muß den Leistungsträger veranlassen, die Auskunftspflicht auf das unbedingt notwendige Maß dessen zu beschränken, was für die Feststellung des Anspruchs erforderlich und zumutbar ist, um das Recht auf die Würde des Menschen und die persönlichen Freiheitsrechte zu wahren (297).

Die Vorschriften des SGB über die Mitwirkungspflichten versuchen, diesem Grundsatz zu entsprechen, insbesondere dadurch, daß die Versagung bzw. Entziehung der Leistungen nicht zwangsläufig ist und nur auf Grund gewisser Voraussetzungen möglich ist.

Auf Grund der Vielfalt der Mitwirkungspflichten des Bürgers hat der Gesetzgeber diese Vorschriften nur allgemein abge-

faßt. Dies führt dazu, daß der Bürger aus ihnen nicht die erforderliche Klarheit gewinnen kann, welche Mitwirkungshandlungen im einzelnen verlangt werden können und welche Folgen die Mitwirkung bzw. Nichtmitwirkung im Einzelfall hat; er ist insoweit auf das Vorgehen des Leistungsträgers angewiesen (298).

4. Die Mitwirkung im einzelnen

a) Die gesetzliche Grundlage

Der Wortlaut der Vorschriften über die Mitwirkungspflichten, soweit sie für die Zustimmung des Kassenpatienten zur Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch den Kassenarzt an die gesetzlichen Krankenversicherungen unmittelbar von Bedeutung sind:

§ 60 Angaben von Tatsachen

- (1) Wer Sozialleistungen beantragt oder erhält, hat
 1. alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind, und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers der Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte zuzustimmen,
 2. Änderungen in den Verhältnissen, die für die Leistung erheblich sind oder über die im Zusammenhang mit der Leistung Erklärungen abgegeben worden sind, unverzüglich mitzuteilen,
 3. Beweismittel zu bezeichnen und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers Beweisurkunden vorzulegen oder ihrer Vorlage zuzustimmen.
- (2) Soweit für die in Absatz 1 Nr. 1 und 2 genannten Angaben Vordrucke vorgesehen sind, sollen diese benutzt werden.

§ 65 Grenzen der Mitwirkung

- (1) Die Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 bis 64 bestehen nicht, soweit
 1. ihre Erfüllung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu der in Anspruch genommenen Sozialleistung steht oder
 2. ihre Erfüllung dem Betroffenen aus einem wichtigen Grund nicht zugemutet werden kann oder
 3. der Leistungsträger sich durch einen geringeren Aufwand als der Antragsteller oder Leistungsberechtigte die erforderlichen Kenntnisse selbst beschaffen kann.
- (2)
- (3) Angaben, die den Antragsteller, den Leistungsberechtigten oder ihnen nahestehende Personen (.....) der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen, können verweigert werden.

§ 66 Folgen fehlender Mitwirkung

(1) Kommt derjenige, der eine Sozialleistung beantragt oder erhält, seinen Mitwirkungspflichten nach den §§ 60 bis 62, 65 nicht nach und wird hierdurch die Aufklärung des Sachverhalts erheblich erschwert, kann der Leistungsträger ohne weitere Ermittlungen die Leistung bis zur Nachholung der Mitwirkung ganz oder teilweise versagen oder entziehen, soweit die Voraussetzungen der Leistung nicht nachgewiesen sind. Dies gilt entsprechend, wenn der Antragsteller oder Leistungsbeneficiäre in anderer Weise absichtlich die Aufklärung des Sachverhalts erheblich erschwert.

(2)

(3) Sozialleistungen dürfen wegen fehlender Mitwirkung nur versagt oder entzogen werden, nachdem der Leistungsberechtigte auf diese Folge schriftlich hingewiesen worden ist und seiner Mitwirkungspflicht nicht innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Frist nachgekommen ist.

§ 67 Nachholung der Mitwirkung

Wird die Mitwirkung nachgeholt und liegen die Leistungsvoraussetzungen vor, kann der Leistungsträger Sozialleistungen, die er nach §§ 66 versagt oder entzogen hat, nachträglich ganz oder teilweise erbringen.

Grundsätzlich hat der Leistungsträger den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären (299). Oft genug stehen ihm die erforderlichen Tatsachen aber nicht zur Verfügung, nur der Leistungsberechtigte selbst kennt die betreffende Tatsache oder Dritte, die wiederum von sich aus häufig die Tatsache ohne die Einwilligung des Leistungsberechtigten wegen einer bestehenden Schweigepflicht nicht weitergeben dürfen. Hier besteht die Mitwirkungspflicht des Leistungsberechtigten darin, selbst die leistungserheblichen Tatsachen anzugeben bzw. die erforderlichen Auskünfte Dritter durch Zustimmung zur Offenbarung zu ermöglichen (300).

Nicht alle Tatsachen bzw. Auskünfte sind zu geben, sondern nur die, die für Grund, Art und Umfang sowie Dauer der in Frage stehenden Leistung erheblich oder erforderlich sind (301).

Dies entspricht dem Grundsatz der Interessenabwägung, daß nur eine geeignete und die schonendste Maßnahme zulässig ist, wenn die Preisgabe von Grundrechtspositionen verlangt wird. Das Gesetz hat dem Rechtsstaatsprinzip weiterhin entsprochen, indem es in § 65 als Grenze der Mitwirkung das Übermaßverbot aufgenommen hat. § 65 Abs. 1 Z. 1 enthält den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Z. 2 die Erfordernis der Zumutbarkeit (302). Die Konkretisierung dieser Grundsätze in Abs. 2 und 3 ist nicht abschließend, es ist vielmehr jeweils aus der individuellen Situation des Leistungsberech-

tigten zu beurteilen, ob wichtige Gründe die Mitwirkung unzumutbar machen (303).

Erst wenn die verlangte Mitwirkung in diesem Umfang und auf diese Weise erforderlich, verhältnismäßig und zumutbar ist und der Leistungsberechtigte dennoch dieser Pflicht nicht nachkommt und unter der Voraussetzung, daß dadurch die Aufklärung des Sachverhalts erheblich erschwert ist (304), kann der Leistungsträger die Leistung ganz oder teilweise versagen oder entziehen. Der Leistungsverlust ist also nicht zwingende Folge, sondern der Leistungsträger hat bei der Entscheidung sein pflichtgemäßes Ermessen auszuüben, d.h. daß er unter Berücksichtigung der Besonderheit des Einzelfalls bei Anwendung der Grundsätze der Zumutbarkeit, der Anforderung an den Umfang des Beweises, der Verhältnismäßigkeit, der Gleichmäßigkeit und der Kausalität die Interessen des Leistungsberechtigten und die der Solidargemeinschaft bzw. des Leistungsträgers sorgfältig gegeneinander abzuwägen hat (305).

Kommt der Leistungsträger nach Berücksichtigung dieser Voraussetzungen zu dem Schluß, daß die Leistung zu versagen oder zu entziehen ist, darf diese einschneidende Maßnahme erst erfolgen, nachdem der Leistungsberechtigte auf diese Folge schriftlich hingewiesen worden ist und er nicht innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Frist seiner Mitwirkungspflicht nachgekommen ist (306).

Wegen der weitreichenden Folgen sind an den Hinweis strenge Anforderungen zu stellen (307). Der Leistungsberechtigte muß daraus unmißverständlich und eindeutig erkennen können, welche konkreten Folgen seine Weigerung im einzelnen haben wird (308), allgemeine Hinweise oder Belehrungen über den Inhalt des Gesetzestextes sind nicht ausreichend (309).

Der schriftliche Hinweis könnte im Verfahren der gesetzlichen Krankenversicherungen, um den formellen Anforderungen zu entsprechen, auf den Vordrucken - deutlich erkennbar - erfolgen, auf denen der Leistungsberechtigte seine Einwilligung zur Auskunftserteilung erklärt.

Im Allgemeinen Teil des SGB kann nicht geregelt werden, welche Mitwirkungen in den verschiedenen Leistungsbereichen im einzelnen erforderlich sind. Die RVO, die bis zur Ausarbeitung eines neuen Buches der gesetzlichen Krankenversicherung als Besonderer Teil des SGB gilt (SGB-AT Art. II § 1 Nr. 4), enthält hierzu noch keine näheren Bestimmungen, sodaß sich die Frage stellt, welche Auskünfte des Arztes für die gesetzlichen Krankenversicherungen zur Ermittlung ihrer Leistungspflicht erforderlich sind, in welchen Fällen und in welcher Form der Leistungsberechtigte einzuwilligen hat.

Die Zustimmung nach § 60 ist nichts anderes als eine Einwilligung. Zu ihrer Wirksamkeit ist demnach erforderlich, daß der Leistungsberechtigte die Tragweite und Folgen seiner Erklärung einsehen können muß (310).

b) Die Form der Zustimmung

Die Zustimmung hat der Leistungsberechtigte nicht ohne weiteres von sich aus zu erteilen, sondern, wie der Gesetzestext ausdrücklich erwähnt, auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers (311).

Die Einwilligung muß ausdrücklich erklärt werden (312). Im Interesse der Rechtsklarheit ist zu verlangen, daß aus entsprechenden Vordrucken deutlich erkennbar und verständlich hervorgeht, welchen Auskünften des Arztes der Patient zustimmen soll (313). So könnte etwa der Krankenschein oder die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung die vordruckte Erklärung enthalten, daß der Patient damit einverstanden ist, daß der Arzt die Diagnose der Krankenversicherung zum Zweck der Anspruchsüberprüfung mitteilt. Diese Erklärung wäre vom Patienten vor der Übergabe des Krankenscheins bzw. bei Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beim Arzt vor Übergabe an die gesetzliche Krankenversicherung zu unterschreiben.

Dieser Weg ist zwar umständlicher als der automatische Fortfall der Zustimmungspflicht bei Inanspruchnahme von Sozialleistungen, ermöglicht dem Betroffenen aber eine bessere Übersicht über den Verbleib geheimhaltungsbedürftiger Informationen und schafft eine klare Entscheidungssituation, notfalls auf die betreffende Sozialleistung zu verzichten, wenn ihm die Geheimhaltung bestimmter Tatsachen wichtiger ist (314). Ein automatischer Fortfall der Zustimmungspflicht wäre mit der Verfassung nicht vereinbar.

Diese formelle Handhabung der Zustimmung würde für keinen der Beteiligten, weder Patient noch Kasse oder Arzt, eine nennenswerte arbeitsmäßige oder finanzielle Belastung bedeuten, dem Patienten jedoch einen zuverlässigeren Schutz seiner Geheimsphäre als die bisher geübte Praxis bieten und den Arzt weitgehend vor der Gefahr strafrechtlich relevanter Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch unklare Einwilligungen bewahren.

c) Umfang der Zustimmung

Um hier aber weitestgehenden Schutz zu bieten, muß die schriftliche Einwilligung umfangmäßig bestimmt sein und sie darf nur das zur Bestimmung von Art, Umfang und Höhe des Anspruchs Erforderliche verlangen.

Die pauschale Einwilligung zur Weitergabe von Patientendaten

durch den Arzt an die gesetzlichen Krankenkassen muß in jedem Falle unwirksam sein. Sie kann zum einem nicht in ihrer ganzen Tragweite vom Willen des Patienten umfaßt sein, zum anderen dürfen die erforderlichen Auskünfte nicht den gerade für die gesetzliche Krankenversicherung eben zweckmäßigen, möglichst umfangreichen Eingriff (315), sondern nur den geringstmöglichen Eingriff in die Geheimsphäre des Patienten darstellen. Eine pauschale Einwilligung wäre mit der Menschenwürde nicht vereinbar (316).

Die Einwilligungserklärungen müssen demnach konkrete Angaben darüber enthalten, daß z.B. die Diagnose oder der Befund, Behandlungsmaßnahmen oder Verursachung der Krankheit durch Unfall, Beruf oder anderes mitgeteilt werden soll.

Aber allein das Verlangen einer konkreten Auskunft bedeutet noch nicht, daß diese Auskunft auch erforderlich ist. Bereits die Mitteilung, daß der Patient den Arzt aufgesucht hat, kann die Preisgabe eines Geheimnisses sein; andererseits benötigt die Krankenkasse aus ihrer Sicht weitere Angaben, um die Anspruchsberechtigung überprüfen zu können.

Nur die sorgfältige Abwägung der beiden miteinander im Widerspruch stehenden Interessen kann ergeben, was erforderlich sein muß und darf. Nach dieser Abwägung als nicht erforderlich Erkanntes braucht der Leistungsberechtigte nicht mitzuteilen, ohne daß die Folgen des § 66 ausgelöst werden.

Dabei darf nicht bürokratisches Bedürfnis (317), sondern der hohe Wert, den die Wahrung der Privatsphäre in unserer Rechtsordnung hat, der Maßstab sein.

Zu berücksichtigen ist dabei stets, daß der mit der Auskunftsverweigerung verbundene Anspruchsverlust nicht lediglich ein "entgangenes gutes Geschäft" für den Leistungsberechtigten ist, sondern ein tiefeinschneidender Verlust von Rechten, die dem Betroffenen auf Grund von Beitragszahlungen oder von Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Rechtsordnung bestimmte Sozialleistungen vorsieht, zustehen können.

In der Praxis haben sich die gesetzlichen Krankenversicherungen eine ganze Reihe von Zugriffsmöglichkeiten auf Patientendaten geschaffen, ohne daß dazu die Einwilligung des Patienten vorliegt, und deren Kenntnis als notwendig für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben zweifelhaft ist.

Eine Reihe der im Verkehr zwischen gesetzlichen Krankenkassen, Kassenarzt und Kassenpatient verwendeten Vordrucke verlangen neben den Patientendaten die Angaben über Diagnose und Befund (z.B. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Krankenschein, Überweisungsschein). Weiter verschafft die paritätische Besetzung der Prüfungs- und Beschwerdeausschüsse durch Kassen und kassenärztliche Vereinigungen (318) Einblick in die Abrechnungsunterlagen, die Angaben über den

Patienten enthalten. In den nach § 368 g RVO abzuschließenden Verträgen beanspruchen die Kassen selbst die Aushändigung von Behandlungsausweisen (Krankenschein, Überweisungsschein, Belegarztschein u.a.) die die vollständige Diagnose enthalten müssen (319).

Die Kassen beanspruchen diese Auskünfte aus dem Interesse der Solidargemeinschaft heraus, nur für berechnigte Ansprüche aufkommen zu müssen. Denn der Versicherte hat gemäß § 368 e RVO nur Anspruch auf die ärztliche Versorgung, die zur Heilung oder Linderung nach den Regeln der ärztlichen Kunst zweckmäßig und ausreichend ist; Leistungen, die für die Erzielung des Heilerfolgs nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, kann der Versicherte nicht beanspruchen, der an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmende Arzt darf sie nicht bewirken oder verordnen, die Kasse darf sie nicht nachträglich bewilligen.

Das Gesetz hat die Kontrolle über die kassenärztliche Tätigkeit und damit über eine wirtschaftliche Verordnungs- und Behandlungsweise in die Hände der Ärzte gelegt (320). Gemäß § 368 Abs. 2 RVO haben die kassenärztlichen Vereinigungen u.a. die Gewähr dafür zu übernehmen, daß die kassenärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht, gemäß § 368 Abs. 4 RVO ist die Überwachung der kassenärztlichen Tätigkeit Angelegenheit der kassenärztlichen Vereinigungen.

Dieses Prinzip ist auch durchaus sinnvoll und zweckmäßig, denn die Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit von ärztlichen Maßnahmen wird sich im Streitfall nur auf Grund umfassender medizinischer Kenntnisse und Sachverständnisse beurteilen lassen (321).

In der Praxis erfolgt die Überprüfung der wirtschaftlichen Behandlungsweise durch die kassenärztlichen Vereinigungen anhand des Vergleichs der Honorarabrechnungen der Ärzte mit statistisch ermittelten Durchschnittswerten vergleichbarer Ärztegruppen (322). Ebenso wird die Verordnungsweise der Ärzte durch die Krankenkassen anhand von Durchschnittsfallwerten verglichen.

Aus dieser Verfahrensweise ist ersichtlich, daß für die Masse der Abrechnungsfälle die Identität des Patienten keine Rolle spielt. Die gesetzliche Krankenkasse kann kein Interesse an der Kenntnis haben, daß gerade Herr XY die bestimmte Krankheit hat und behandelt wird. Ihr genügt zu wissen, ob ein bei ihr versichertes Mitglied ihre Leistungen beansprucht und ob diese Leistungen wirtschaftlich erbracht worden und notwendig sind. Dies läßt sich auch durch Wahrung der Identität des Patienten gegenüber der Krankenkasse erreichen.

d) Schlußfolgerung

Die gesetzliche Krankenversicherung nimmt im Sozialleistungsbereich eine Sonderstellung ein. Ein großer Teil ihrer Leistungen wird direkt durch Dritte erbracht im Rahmen der kaszenärztlichen Versorgung. Ärztliches Wissen und Erfahrung beurteilen, ob jemand krank ist und ob Behandlung erforderlich ist und welcher Art und welchen Umfangs diese sein muß.

Aber auch bei den direkten Barleistungen der Krankenkassen, allen voran dem Krankengeld, wird die Anspruchsvoraussetzung in erster Linie durch das sachkundige Urteil des Arztes geschaffen.

Damit ist die Situation wesentlich anders als in den meisten anderen Sozialleistungsbereichen, wo der Leistungsträger auf Grund der konkreten gesetzlichen Voraussetzungen und seiner Verwaltungssachkunde in der Lage und berufen ist, die Leistungsvoraussetzungen selbst umfassend zu beurteilen.

Bei Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es nicht erforderlich, daß die gesetzlichen Krankenkassen die Identität des Patienten und die Leistung miteinander in Zusammenhang bringen müssen, um die Leistungsberechtigung festzustellen, da jedem Versicherten bei Vorliegen der Voraussetzungen die gleichen Ansprüche zustehen.

VII. Vorschlag

Das Bemühen, dem Patienten in seiner Notsituation soweit wie möglich sein Persönlichkeitsrecht zu bewahren und dabei das gesetzliche Krankenversicherungssystem funktionsfähig zu erhalten, hat bereits verschiedene Lösungsvorschläge hervorgebracht (323).

Das SGB konnte mit der Regelung der Mitwirkungspflicht nur die rechtsstaatlichen Grundsätze bestimmen. Leistungsträger und Leistungsberechtigter haben keine konkreten Vorschriften zur Hand, die für die gesetzlichen Krankenversicherungen konkretisieren, wie die unbestimmten Rechtsbegriffe der Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit auszufüllen sind.

Dies läßt sich auch nicht erschöpfend festlegen durch die Vielzahl und Individualität der jeweiligen Fälle. Weiter würden Bestimmungen wie "Erforderlich ist die Mitteilung der Diagnose" oder "Der Befund ist anzugeben" die Unsicherheit nicht beseitigen, da z.B. der Diagnosebegriff sehr unscharf ist (324). Dem Arzt steht hier zwischen den Extremen der präzisen, ausführlichen und spezifischsten Diagnose und der Diagnose "krank und behandlungsbedürftig" ein breiter Spielraum offen.

Dieser Situation kann ausgewichen werden durch Anonymisierung des Prüfungs- und Kontrollbereiches: Der Patient erhält nach Vorlage seines Krankenscheins als Nachweis der Berechtigung bei einer einzurichtenden unabhängigen Stelle eine Codenummer. Diese Stelle bleibt neben dem Arzt die einzige Stelle, die die Verbindung zwischen der Codenummer und dem betreffenden Patienten herstellen kann.

Diese Codenummer gibt der Patient anstelle des Krankenscheins an den behandelnden Arzt weiter; sie begleitet als einziges Identifizierungsmerkmal alle Unterlagen des Arztes, die an Dritte weitergegeben werden.

Der Arzt kann somit der kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkasse Unterlagen in ausreichendem Umfang zur Verfügung stellen, ohne daß für diese Einrichtungen die für sie nicht wesentliche Identität des Patienten bekannt wird. Die ärztliche Schweigepflicht bleibt hierbei unberührt.

Die Krankenkasse, die durch die neutrale Stelle darüber unterrichtet wird, daß die Codenummer zu einem bei ihr versicherten Mitglied gehört, ohne daß dabei die Identifizierung ermöglicht wird, hat damit den Nachweis, daß der Betreffende tatsächlich ihr gegenüber leistungsberechtigt ist. Während die medizinisch-sachverständige Überprüfung den kassenärztlichen Vereinigungen und den Prüfungs- und Beschwerdeausschüssen trotz Codifizierung weiter in vollem Umfang möglich ist, kann so die Krankenkasse die übrigen Leistungsvoraussetzungen ohne Gefährdung des Patientengeheimnisses überprüfen, etwa bei Arbeitsunfähigkeit hinsichtlich der Aussteuerungsfrist.

Bei diesem Vorschlag wäre der Kreis der in das Patientengeheimnis Einzubeziehenden so klein wie möglich gehalten. Nur der auf Grund seiner Tätigkeit dazu berufene Arzt kann die Verbindung zwischen dem Patienten und den geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen herstellen. Die neutrale Stelle kann lediglich den Patienten mit der Codenummer identifizieren, hat aber keinerlei Einsichtsmöglichkeiten in die ärztlichen Unterlagen.

VIII. Zusammenfassung

Die Entwicklung des gesetzlichen Krankenversicherungswesens im letzten Jahrhundert hat für den Bürger eine umfassende Versorgung mit Leistungen der Gesundheitsvorsorge und -fürsorge und eine weitreichende finanzielle Sicherung im Krankheitsfall gebracht. Als Preis dafür, daß er nicht selbst allein die Lasten von Krankheiten tragen muß, muß er nach der bisher geübten Praxis hinnehmen, daß private Dinge, die er dem Arzt anvertraut, um eine sachgerechte Behandlung zu ermöglichen, aus dem Bereich der Arzt-Patienten-Beziehung hinaus Dritten zur Kenntnis kommen, den gesetz-

lichen Krankenkassen.

Die gesetzlichen Krankenkassen haben mit der Begründung, die Kenntnis der verlangten Auskünfte sei zur Durchführung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich, den Ärzten eine Reihe von Auskunftspflichten auferlegt, die diese in Konflikt mit der ärztlichen Schweigepflicht bringen.

Die ärztliche Schweigepflicht ist, wie ihre historische Bedeutung und der Rang, den ihr die Rechtsordnung heute einräumt, zeigt, grundlegende Voraussetzung für jede ärztliche Tätigkeit. Sie ist Ausfluß der verfassungsmäßigen Rechte auf Achtung der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit und erfüllt einen Sozialzweck, da die Allgemeinheit im Interesse der öffentlichen Gesundheit auf das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, das strikte Verschwiegenheit voraussetzt, besonderen Wert legt.

Dem hohen Rang dieser Rechtsgüter entsprechend kann die ärztliche Schweigepflicht nur entfallen, wenn der betroffene Patient der Offenbarung in wirksamer Weise zustimmt. Ansonsten kann nur die Wahrung eines höherrangigen Interesses unter Notstandsbedingungen, sei es durch Gesetz oder Interessenabwägung im Einzelfall, die Offenbarung eines Patientengeheimnisses ohne oder gegen den Willen des Patienten rechtfertigen.

Der Gesetzgeber hat in einer Reihe von Gesetzen, die durch eine Anzeige- oder Auskunftspflicht des Arztes in die Patientengrundrechte eingreifen bzw. den Arzt von einer sonst bestehenden Aussagepflicht befreien, der Schweigepflicht eine außerordentlich hohe Bedeutung beigemessen, die grundsätzlich sogar das Strafverfolgungsinteresse des Staates überwiegt.

Die Rechtsgrundlagen, auf die die gesetzliche Krankenversicherung die Auskunftspflicht des Kassenarztes ihr gegenüber stützt, halten den Grundsätzen der Interessenabwägung, der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheit, die bei dem Grundrechtseingriff zu beachten sind, nicht stand. Insbesondere ist die Wahl des Mittels, die Auskunftspflicht ohne Einwilligung des Patienten, unzulässig, da die Leistung von der Zustimmung des Patienten abhängig gemacht werden kann, die Krankenkasse im Falle der Verweigerung der Zustimmung von der Leistung befreit ist, das Interesse der Versichertengemeinschaft also nicht berührt ist. Eine Auskunftserteilung des Arztes an die gesetzlichen Krankenkassen ohne die ausdrückliche Zustimmung des Patienten verstößt gegen die ärztliche Schweigepflicht.

Diesen Grundsätzen hat das neue Sozialgesetzbuch im Allgemeinen Teil Rechnung getragen. Es macht dem Bürger deutlich, daß das Sozialstaatsprinzip demjenigen, der seine sozialen

Rechte wahrnimmt, auch soziale Pflichten auferlegt. Nur dem tatsächlich Anspruchsberechtigten sollen im Interesse der Gemeinschaft die Leistungen zukommen.

Da dem Leistungsträger nicht alle zur Prüfung der Leistungsberechtigung erforderlichen Tatsachen zur Verfügung stehen, hat der Leistungsberechtigte im Rahmen der Mitwirkungspflicht das Seine zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen, indem er die erheblichen Tatsachen angibt und der Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte zustimmt, soweit dies verhältnismäßig und zumutbar ist. Der Patient kann den Arzt auf den für die Weitergabe an die kassenärztliche Vereinigung und die Krankenkasse vorgesehenen Vordrucken durch eine den Umfang und Zweck der Mitteilung eindeutig bestimmenden Erklärung von der Schweigepflicht befreien.

Da durch den mit der Zustimmungsverweigerung verbundenen Anspruchsverlust ein gewisser Zwangscharakter der Mitwirkungspflicht gegeben ist, der den Patienten veranlaßt, aus gesundheitlichen und wirtschaftlichen Zwängen heraus der Preisgabe einer geschützten Grundrechtssphäre zuzustimmen, darf nur das unbedingt zum Zweck der Leistungskontrolle Erforderliche verlangt werden.

Aus dem Wesen der Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung ergibt sich, daß dem Prüfungsbedürfnis dadurch genügt werden kann, daß zur Prüfung die Unterlagen ohne die Identifizierungsmöglichkeit des Patienten durch Codierung der Patientendaten zur Verfügung stehen. Daß der Patient grundsätzlich der Krankenkasse gegenüber leistungsberechtigt ist, kann durch eine neutrale Stelle, die die Codennummer nur gegen Vorlage des Krankenscheins ausgibt, gewährleistet werden.

Auf diese Weise wäre durch die Anonymität der den kassenärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen vorliegenden Unterlagen der Geheimnisschutz des Patienten optimal gegeben, die ärztliche Schweigepflicht in vollem Umfange gewahrt und somit das Vertrauen im Arzt-Patienten-Verhältnis ungestört, die Kontrollmöglichkeit der Versichertengemeinschaft gewährleistet und darüberhinaus noch die Verwertung der anonymen Daten zu gesundheitspolitischen und medizinwissenschaftlichen Zwecken möglich.

Fußnotenverzeichnis

- (1) Spann S. 17, 18
- (2) dazu ausführlich Wannagat LB S. 51, S. 61
- (3) Sozialenquete S. 225
- (4) Wannagat LB S. 63
- (5) zitiert in: Caesar S. 23; über die Motive der Botschaft näher: Rohwer-Kahlmann/Ströer S. 26-30
- (6) Soziale Ordnung S. 152
- (7) Wannagat LB S. 65
- (8) Jantz-Prange Teil B S. 1
- (9) Jantz-Prange Teil B S. 2
- (10) Spann S. 18
- (11) Jantz-Prange Teil B S. 2
- (12) dazu näher Jantz-Prange Teil B S. 3
- (13) Jantz-Prange Teil B S. 4
- (14) Soziale Sicherung S. 153
- (15) Wannagat LB S. 80
- (16) Soziale Sicherung S. 153
- (17) Jantz-Prange Teil B S. 9
- (18) Jantz-Prange Teil B S. 7
- (19) Spann S. 18
- (20) dazu ausführlich Jantz-Prange Teil B S. 11 ff
- (21) Krauskopf 1 vor § 368 RVO (S. 426 a)
- (22) Wannagat LB S. 88
- (23) Soziale Sicherung S. 153
- (24) zum gesetzlichen Leistungsrecht ausführlich: Brackmann S. 382-446
- (25) Soziale Sicherung S. 153
- (26) § 368 s RVO eingeführt 1974, § 368 r RVO eingeschoben 1977
- (27) vgl. Hauck S. 9; Rohwer-Kahlmann/Ströer S. 7, 8; Siegers S. 38-44
- (28) Louven NJW 1977, 2193; Soziale Sicherung S. 47
- (29) Dembowski S. 195
- (30) Dembowski S. 348
- (31) Soziale Sicherung S. 155
- (32) Statistisches Jahrbuch S. 356
- (33) Laufs SR S. 72
- (34) Naschold S. 56
- (35) Soziale Sicherung S. 162
- (36) Soziale Sicherung S. 163
- (37) vgl. Sozialenquete S. 209
- (38) J. Forster in Süddeutsche Zeitung 3./4. Mai 1980 S.4
- (39) Scholmer S. 54; vgl. dazu Sozialenquete S. 198: "Dem System der gesetzlichen Krankenversicherung werden heute insbesondere folgende nachteilige Wirkungen zur Last gelegt: es erzieht seine Schützlinge zur Unmündigkeit und läßt ihre Bereitschaft zur Selbstverantwortung verkümmern, indem es sie daran gewöhnt, die Sorge um die eigene Gesundheit (und die ihrer Angehörigen) nicht primär als die ihrige zu verstehen, sondern sie auf anonyme Vormünder - letztlich auf einen Versorgungsstaat - abzuwälzen"
- (40) Sozialenquete S. 215
- (41) J. Forster a.a.O.

- (42) Glenewinkel-Baurhenn S. 69 ff
- (43) Glenewinkel-Baurhenn S. 70
- (44) Glenewinkel-Baurhenn S. 71
- (45) Glenewinkel-Baurhenn S. 73
- (46) vgl. § 368 n Abs. 3 RVO: "Die gesetz- und vertragsge-
mäßige Durchführung der kassenärztlichen Versorgung
ist Angelegenheit der kassenärztlichen Vereinigungen."
- (47) Sozialenquete S. 223
- (48) vgl. Peters Hb. Anm. 8 b zu § 368 g RVO; SozR Anm.
Aa 4 zu § 368 g RVO
- (49) Sozialenquete S. 223
- (50) nach Bley (S. 207) bestehen zwischen Kassenarzt und
Versichertem weder unmittelbare öffentlichrechtliche
Beziehungen noch gar ein bürgerlichrechtlicher Vertrag,
die rechtlichen Beziehungen werden über die Kranken-
kassen und kassenärztlichen Vereinigungen vermittelt;
nach überwiegender Ansicht (Zakrzewski S. 119 f m.w.
Nachw.) besteht zwischen beiden ein bürgerlichrecht-
licher Dienstvertrag.
- (51) Spann S. 94
- (52) Narr S. 443 f
- (53) Sozialenquete S. 209
- (54) Sozialenquete S. 208
- (55) zum Problem der Arzthonorierung in der gesetzlichen
Krankenversicherung ausführlich Sozialenquete S. 225-231
- (56) vgl. Wesiack S. 248: nach Untersuchungen befinden sich
unter dem allgemeinärztlichen Krankengut ca. 40-50 %
psychosomatisch Kranke
- (57) vgl. Glenewinkel-Baurhenn S. 22
- (58) Sozialenquete S. 228
- (59) ZS Forum des Praktischen und Allgemein-Arzt 19 (1980)
Nr. 5 S. 120: Das Prüfverfahren
- (60) ZS Forum a.a.O.
- (61) dazu näher Glenewinkel-Baurhenn S. 23 und S. 15, 16
- (62) Exner S. 10
- (63) Lenckner S. 159
- (64) Placzek S. 95
- (65) Placzek S. 97
- (66) Deichgräber S. 10, 11
- (67) Placzek S. 97
- (68) Lenckner S. 160
- (69) Laufs SR S. 72
- (70) Schwerd S. 183
- (71) Narr S. 455
- (72) Müller S. 63 f m.w.Nachw.
- (73) Exner S. 11
- (74) Placzek S. 2
- (75) Flesch S. 4
- (76) Glenewinkel-Baurhenn S. 55 und im einzelnen Placzek
S. 3-6
- (77) Exner S. 13
- (78) Exner S. 13
- (79) vgl. Lenckner S. 177
- (80) RG ESt 38, 62 ff
- (81) Eb. Schmidt S. 15
- (82) näher dazu Eb. Schmidt S. 14 f
- (83) Eb. Schmidt S. 16
- (84) Müller S. 88

- (85) Lenckner S. 163
- (86) Becker MDR 1974 S. 888
- (87) Eb. Schmidt S. 9, der dabei weiter ausführt: "Der Gesetzgeber verzichtet auf gerichtliche Sachverhaltsaufklärung, wenn der Arzt zu schweigen für richtig hält. Kann es ein stärkeres Symptom für den hohen Rechtswert des ärztlichen Berufsgeheimnisses geben als diese Selbstbescheidung des Gesetzgebers gegenüber der freien Entschliebung des Arztes?"
- (88) Eb. Schmidt S. 10
- (89) vgl. Laufs SR S. 71 f; Lenckner S. 163; insbesondere Kreuzer NJW 1975 S. 2232 f: "In einer Dienstanweisung hat das Hamburger Hochschulamt als Träger des Universitätskrankenhauses allen Ärzten auferlegt, der Behörde Krankengeschichten herauszugeben, ihr Auskünfte über Krankheit und Behandlung von Patienten zu erteilen und ihr die Entscheidung in Zweifelsfällen über die Herausgabe von Krankengeschichten an Dritte zu überlassen."
- (90) vgl. Heuser S. 32-36
- (91) Bourmer S. 71
- (92) Steinmüller S. 38 f, der weiter dazu ausführt: "Die Intention des Hessischen Krankenhausgesetzes wird deutlich, wenn man eine Firmenschrift beizieht. Es sei notwendig, so heißt es, "eine lückenlose Datenerfassung als Grundlage späterer statistischer Untersuchungen", "Zusammenfassung" und "sternförmiger Anschluß an den Rechner", schließlich "überregionale Zusammenführung aller Daten und Auswertung der Befunde" für die Forschung, sodaß "alle im Laufe der Zeit erhobenen Befunde jedem beliebigen Arzt sofort zur Verfügung stehen" (und, wie zu ergänzen, jeder beliebigen privaten oder staatlichen Stelle der Zugriff auf diese Daten zunächst einmal technisch ermöglicht ist)."
- (93) vgl. Wolters DÄBl. 1974 S. 3692
- (94) BGBI. 1977 I S. 201
- (95) siehe Laufs SR S. 81 f
- (96) zitiert bei Laufs a.a.O.
- (97) Wortlaut des § 203 StGB, soweit er für die ärztliche Schweigepflicht wesentlich ist:
 § 203 Verletzung von Privatgeheimnissen
 (1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als
 1. Arzt
 anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
 . . .
 (4) Die Absätze 1 sind auch anzuwenden, wenn der Täter das fremde Geheimnis nach dem Tode des Betroffenen unbefugt offenbart.
- (98) BGBI. 1974 S. 469; Abs. 1 Nr. 4 eingefügt 1974, geändert 1976
- (99) zum Gesetzgebungsgang vgl. Rein VersR 1976 S. 117 f
- (100) BT-Drucks. 7/550 S. 235; Laufs NJW 1975 S. 1433

- (101) vgl. Becker MDR 1974 S. 889
- (102) vgl. BVerfG NJW 1977 S. 1489
- (103) vgl. Laufs NJW 1975 S. 1433
- (104) vgl. Becker MDR 1974 S. 889 f
- (105) Schö.-Schr.-Lenckner Rn. 43 zu § 203
- (106) Dreher § 203 Rn. 1
- (107) vgl. Bockelmann S. 39 f; Lenckner S. 168 ff, 173 f; Eb. Schmidt NJW 1962 S. 1745 ff
- (108) Becker MDR 1974 S. 891; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 70
- (109) Entwurf EGStGB, BT-Drucks. 7/550 S. 235 f, zitiert in Kreuzer NJW 1975 S. 2234
- (110) BGH VersR 1957 S. 411 mit der Folge, daß dem Geheimnisverletzten auch ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB zusteht; LSG Bremen NJW 1958 S. 278; BVerfG Beschluß v. 24.5.1977, NJW 1977 S. 1489; BVerfG Beschluß v. 8.3.1972, NJW 1972 S. 1123; OVG Lüneburg Urteil v. 29.7.1975, NJW 1975 S. 2263; zum Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot als Korrelat: BuMinJustiz in BVerfG NJW 1972 S. 1123
- (111) Grömig NJW 1970 S. 1209; Kleinewefers-Wilts VersR 1963 S. 990; Krauß DÄBl. 1972 S. 1156; Kühne NJW 1977 S. 1480 m.w.Nachw.; Laufs SR S. 73 und NJW 1975 S. 1434; Müller S. 96 f; Stern Med. Klinik 1978 S. 483; Woesner NJW 1957 S. 692
- (112) vgl. Grömig NJW 1970 S. 1210; Stern Med. Klinik 1978 S. 481
- (113) vgl. Grömig NJW 1970 S. 1209
- (114) vgl. auch Laufs NJW 1975 S. 1434; Spann S. 233
- (115) OVG Lüneburg NJW 1975 S. 2263
- (116) NJW 1972 S. 1124
- (117) dazu auch Laufs NJW 1975 S. 1434
- (118) RGSt 38, 62; RGZ 53, 317; BVerG NJW 1972 S. 11; NJW 1973 S. 811; NJW 1977 S. 1490; BGH NJW 1954 S. 338; NJW 1957 S. 1147
- (119) Art. 19 Abs. 2 GG
- (120) dazu ausführlich unten S. 29 ff
- (121) Eb. Schmidt (S. 16) befürchtet, daß heute die Melde-, Auskunfts- und Offenbarungspflichten des Arztes als das Normale, die Schweigepflicht als Ausnahme erscheint.
- (122) so die Begründung zu den Entwürfen und zum EGStGB, zitiert bei Kreuzer NJW 1975 S. 2233
- (123) Bockelmann S. 34
- (124) ganz grundlegend Eb. Schmidt S. 17 f und NJW 1962 S. 1747 f; weiter: Bockelmann S. 34; Grömig NJW 1970 S. 1210; Kaufmann S. 51 ff; Kierski S. 127; Kohlhaas S. 6 ff; Laufs SR S. 73; Lenckner S. 161 und NJW 1965 S. 322; Müller S. 66 f; Rein VersR 1976 S. 118; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 3; Stern Med. Klinik 1978 S. 481; Wolters DÄBl. 1974 S. 3693; nur für Individualschutz Dreher § 203 Rn. 1
- (125) so Kohlhaas S. 7
- (126) Eb. Schmidt S. 18; Stern Med. Klinik 1978 S. 481
- (127) BVerfG NJW 1977 S. 1489 ff
- (128) Lenckner S. 177 f; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 22
- (129) zum Geheimnisbegriff: Bockelmann S. 34-36; Kohlhaas

- S. 10 f; Lenckner S. 171 f; Müller S. 89
- (130) Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 6
- (131) RG 26, 7; RG 38, 65; Maurach S. 244
- (132) Maurach S. 245; Zakrzewski S. 54-59, 67-69 m.w.Nachw.
- (133) BVerfG NJW 1972 S. 1124
- (134) vgl. auch BGH NJW 57 S. 1147
- (135) Die im Tatbestand des § 203 StGB genannten Geheimnisse sind lediglich Beispielsfälle (Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 9)
- (136) Bockelmann S. 38; Göppinger NJW 1958 S. 242; Lenckner S. 174 f; Müller S. 90; Narr S. 457; Spann S. 238
- (137) Stern Med. Klinik 1978 S. 485
- (138) Narr S. 457; so auch Bockelmann S. 38; Dreher § 203 Rn. 8; Kohlhaas S. 31 f; Müller S. 90; Spann S. 251
- (139) vgl. oben S. 14/15 und 19 und unten S. 29 ff
- (140) so für den Truppenarzt BuDiszH NJW 1963 S. 410; Kohlhaas S. 44
- (141) die h.M. vertritt die Ansicht, die Befugnis sei Rechtfertigungsgrund (Dreher § 203 Rn. 27; Göppinger NJW 1958 S. 241; Lackner Anm. 3 vor § 201); die Mindermeinung sieht in ihr Tatbestandsausschließungsgrund (Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 21); wegen der Bedeutung der Streitfrage vgl. Liebhardt S. 7; hinsichtlich der Folgen für die Strafbarkeit Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 71
- (142) siehe S. 13
- (143) so aber Narr S. 455
- (144) Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 19
- (145) Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 20
- (146) Grömig NJW 1970 S. 1211; Lenckner S. 177
- (147) vgl. Göppinger NJW 1958 S. 242 f.
Macht der Patient dem Arzt Mitteilung über Geheimnisse Dritter, so ist zu unterscheiden: Die Mitteilung kann zugleich ein Geheimnis des Patienten sein (z.B. anzunehmen bei nach außen hin verschwiegener Krankheit eines Familienmitgliedes, oder der Patient gibt sonstwie zu erkennen, daß die Mitteilung geheim bleiben soll) : hier muß der Patient selbst der Offenbarung zustimmen (im Ergebnis so auch Bockelmann S. 40; Kohlhaas S. 40 f; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 23; a.A. Göppinger NJW 1958 S. 243).
Teilt der Patient dem Arzt jedoch eine Tatsache mit, die ausschließlich Geheimnis eines Dritten ist und an deren Geheimhaltung der Patient selbst kein Interesse hat, so handelt es sich nicht um ein Geheimnis im Sinne des § 203 StGB.
- (148) Bockelmann S. 46, 55; Narr S. 461; a.A. Müller S. 75
- (149) BGHSt 4, 113; Dreher Anm. 3 A vor § 32 StGB; Kühne NJW 1977 S. 1479; Lenckner S. 179; Schö.-Schr.-Lenckner Vorbem. 45, 48 vor §§ 32 ff und Rn. 24 zu § 203
- (150) Kleinewefers-Wilts VersR 1963 S. 990; Kohlhaas S. 14; Laufs SR S. 78; Lenckner S. 179; Narr S. 461; Schö.-Schr.-Lenckner Vorbem. 39 vor §§ 32 ff
- (151) Bockelmann S. 55; Grömig NJW 1970 S. 1212; Schö.-Schr.-Lenckner Vorbem. 40 vor §§ 32 ff
- (152) so auch Grömig a.a.O.; Narr S. 462; Schö.-Schr.-Lenckner Vorbem. 42 vor §§ 32 ff

- (153) so Kohlhaas S. 18
- (154) vgl. Bockelmann S. 55 f für die Einwilligung zum Eingriff in die körperliche Unversehrtheit; Schö.-Schr.-Lenckner Vorbem. 40 vor §§ 32 ff
- (155) a.A. Kohlhaas S. 18-20
- (156) Begr. BT-Drucks. 7/868 S. 28 zu § 36 SGB-AT; Hauck-H. § 36 Anm. 8; Peters SGB § 36 Anm. 12
- (157) Laufs SR S. 78; Schö.-Schr.-Lenckner Vorbem. 43 vor § 32 ff
- (158) Liebhardt S. 10
- (159) vgl. Kreuzer NJW 1975 S. 2235 und oben S. 21
- (160) vgl. Müller S. 75 f
- (161) Kohlhaas S. 23; Kreuzer NJW 1975 S. 2235; Schlund JR 1977 S. 267
- (162) vgl. Spann S. 243
- (163) vgl. Kleinewefers-Wilts VersR 1963 S. 990: Auch die Tatsache, daß der Patient, der von einer Haftpflichtversicherung den Ersatz eines Schadens geltend macht, dieser gegenüber einen Arzt benennt, berechtigt diesen Arzt nicht, deswegen von einer stillschweigenden Entbindung von der Schweigepflicht gegenüber der Haftpflichtversicherung auszugehen. OLG Stuttgart NJW 1958 S. 2122 verneint eine stillschweigende Befreiung von der Schweigepflicht sogar dann, wenn sich der Patient auf Grund der Aufforderung des Haftpflichtversicherers zu einer ärztlichen Untersuchung begeben hat. Kohlhaas (S. 25) will bei Anfragen von Unfall- und Krankenversicherungen bei "harmlosen" Befunden den mitteilenden Arzt exkulpieren, der eine stillschweigende Entbindung von der Schweigepflicht darin gesehen hat, daß sein Name dieser Versicherung angegeben worden war.
- (164) vgl. Glenewinkel-Baurhenn S. 59; Zirner S. 542
- (165) Laufs SR S. 78
- (166) Lenckner S. 180
- (167) Hollmann NJW 1978 S. 2332
- (168) vgl. Laufs NJW 1975 S. 1435; Spann S. 233
- (169) vgl. Göppinger NJW 1958 S. 244
- (170) vgl. Göppinger a.a.O., der zu Recht und konsequent eine Beschlagnahmefähigkeit gemäß § 97 StPO nur unter Berufung auf die Entbindung von der Schweigepflicht ohne die Einwilligung in die Herausgabe der ärztlichen Aufzeichnungen durch den Patienten und unter Hinweis auf das damit entfallende Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 Abs. 2 StPO verneint.
- (171) vgl. LSG Celle DABl. 1965 S. 2421; Goedel S. 214; Kohlhaas S. 26 ("mutmaßliches Einverständnis"); Narr S. 462; Stern Med. Klinik 1978 S. 483 f; Woesner NJW 1957 S. 693
- (172) Nicht hierher gehören die Vorschriften, nach denen der Betroffene eine Untersuchung erdulden muß (z.B. auf Grund der §§ 81 ff StPO, BSeuchG, GeschlKrG o.ä.)
- (173) vgl. Eb. Schmidt S. 10 f für die RVO;
- (174) Woesner NJW 1957 S. 693 f
- (175) dazu ausführlich S. 37 und 49 ff
- (176) vgl. Glenewinkel-Baurhenn S. 71-75, wonach der überwiegende Teil der befragten Patienten die Wahrung der

Schweigepflicht wünscht, auch wenn ein Großteil von ihnen davon ausgeht, daß der Arzt der Krankenkasse die Diagnose mitteilt

- (177) vgl. Liebhardt S. 10
- (178) Lackner Rn. 6 vor § 32 ("Handeln im Interesse des Betroffenen"); Lenckner S. 181; Schö.-Schr.-Lenckner Vorbem. 54 vor §§ 32 ff
- (179) Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 27
- (180) Lackner a.a.O. ("Handeln auf Grund mangelnden Interesses")
- (181) Schö.-Schr.-Lenckner a.a.O.
- (182) NJW 1974 S. 602
- (183) vgl. dazu die Kritik am BGH bei Kuhlmann JZ 1974 S. 670 und Laufs NJW 1975 S. 1433 ff; auch Grömig NJW 1970 S. 1211 und Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 27 lehnen die Überlassung der Patientenkartei bei Praxisübergabe ohne Befragung der Patienten ab.
Dem BGH zustimmend dagegen Blei JA 1975 S. 658 und Narr S. 465, der eine Information des Patienten über die Praxisübernahme im Wartezimmer und in der Tageszeitung als ausreichend ansieht, um die mutmaßliche und sogar schlüssige Einwilligung des Patienten zu unterstellen, wenn dieser sich hierauf nicht gegenständig äußert. Abgesehen davon, daß hiermit unzulässig dem Patienten die Hütung der vom Arzt aufgezeichneten und bei diesem aufbewahrten Geheimnisse aufgebürdet wird, muß die Einwilligung, um wirksam zu sein, bereits zum Zeitpunkt der Übergabe der Patientenunterlagen vorliegen (Dreher Anm. 3 A vor § 32; Peters SGB § 60 Zif. 5; Schö.-Schr.-Lenckner Vorbem. 44 vor §§ 32 ff), was hier nicht der Fall ist; eine nachträgliche Genehmigung ist unbeachtlich (Schö.-Schr.-Lenckner a.a.O.).
- (184) siehe S. 13
- (185) vgl. dazu die ausführliche Kritik von Grömig NJW 1970 S. 1213 und Lenckner S. 182; ablehnend ebenfalls Laufs SR S. 77; a.A. Goedel S. 75, die aber übersieht, daß eine stillschweigende Einwilligung, die wohl gegenüber dem mit- oder nachbehandelnden Arzt vorliegen kann, nicht in dieser generellen Form wirksam sein kann. Erst recht darf der mutmaßliche Wille nicht aus der allgemeinen Lebenserfahrung hergeleitet werden (so Müller S. 76), sondern nur aus der konkreten Situation des Betroffenen im Einzelfall (siehe S. 21)
- (186) Lenckner S. 185
- (187) Schroeter Vorbem. zu I § 60 SGB S. 558
- (188) vgl. Goedel S. 96 f
- (189) Lenckner S. 185
- (190) Lenckner S. 185
- (191) Dreher § 34 Anm. 1; Goedel S. 11 m.w.Nachw.; vgl. auch BVerfG NJW 1977 S. 1489, das hinsichtlich der Beschlagnahme von Klientenakten einer Suchtberatungsstelle eine sehr subtile Interessenabwägung vorgenommen hat, die als musterhaft gelten kann
- (192) Schö.-Schr.-Lenckner § 34 Rn. 7: "Hat der Gesetzgeber Spezialnormen geschaffen, die unter bestimmten Voraussetzungen den Eingriff in ein Rechtsgut zulas-

sen, so liegt dem immer eine Interessenabwägung zugrunde, wie sie auch Satz 1 (des § 34) verlangt."

Goedel S. 104; Maurach S. 248

(193) Lenckner S. 185

(194) dazu ausführlich die Kritik von Dahs NJW 1976 S. 2145 ff

(195) Dahs a.a.O. S. 2148

(196) vgl. auch Kierski S. 156 ff

(197) vgl. BVerfG NJW 1972 S. 1124; Laufs SR S. 79; Lenckner S. 186; Eb. Schmidt S. 15; Spann S. 238

(198) Lenckner S. 187; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 19 f

(199) vgl. Goedel S. 159 f

(200) dazu ausführlich Goedel S. 160 ff; Spann S. 262 ff

(201) vgl. Dreher Anm. 5 vor § 32: das betroffene Rechtsgut muß zur Verfügung der öffentlichen Gewalt stehen

(202) vgl. Narr S. 457

(203) vgl. Kohlhaas S. 31 f, 43 ff

(204) Wolters DABl. 1974 S. 3693

(205) Lenckner S. 189 und NJW 1965 S. 321

(206) Eb. Schmidt S. 9; vgl. auch Lenckner S. 189 f

(207) Eb. Schmidt a.a.O.: "Der Gesetzgeber verzichtet auf gerichtliche Sachverhaltsaufklärung, wenn der Arzt zu schweigen für richtig hält. Kann es ein stärkeres Symptom für den hohen Rechtswert des ärztlichen Berufsgeheimnisses geben, als diese Selbstbescheidung des Gesetzgebers gegenüber der freien Entschließung des Arztes?"; vgl. weiter Eb. Schmidt NJW 1962 S. 1748

(208) BVerfG NJW 1972 S. 1123 ff; BVerfG NJW 1977 S. 1489 ff

(209) Narr S. 471

(210) BayLSG NJW 1962 S. 1780 und dem zustimmend Eb. Schmidt NJW 1962 S. 1749 f

(211) BGHSt 15, 200; Kohlhaas S. 36; Lenckner S. 194

(212) Kohlhaas S. 37; Lenckner NJW 1965 S. 327

(213) Göppinger NJW 1958 S. 244; Lackner § 203 Rn. 6 ff;

Lenckner S. 192; Narr S. 471

(214) Lenckner S. 193; a.A. Kohlhaas S. 39; dagegen wieder richtig Narr S. 471; es kann keine mutmaßliche Zustimmung unterstellt werden, wenn der Arzt zwar durch eine Aussage über Dinge, die dem Patienten unbekannt sind, dessen prozessuale Situation verbessert, gleichzeitig aber, etwa bei Offenbarung eines schweren ausichtslosen Krankheitsbildes, den Lebenswillen des Patienten ganz entscheidend beeinflussen kann.

(215) vgl. Lenckner S. 195; BVerfG 1972 S. 1125, das dabei den Charakter des Beschlagnahmeverbots als Konkretisierung des Grundrechtes aus Art. 2 Abs. 1 in Verb. m. Art. 1 Abs. 1 GG hervorhob; BVerfG NJW 1977 S. 1489 ff

(216) BVerfG NJW 1972 S. 1123 ff stellt weiter klar, daß das Beschlagnahmeverbot auch besteht, wenn sich die Aufzeichnungen im Gewahrsam des Praxisübernehmers befinden.

(217) vgl. S. 58 f; Göppinger NJW 1958 S. 244 f

(218) Lenckner S. 195; vgl. Göppinger a.a.O.; im Ergebnis jetzt ebenso Kohlhaas S. 50

(219) vgl. Lenckner S. 188

(220) vgl. Krause NJW 1979 S. 1009; Wolters DABl. 1974

S. 3694

- (221) Lenckner S. 188; vgl. auch Spann S. 243, 254
- (222) Eb. Schmidt S. 10 f
- (223) Liebhardt S. 12 f
- (224) NJW 1957 S. 692
- (225) Bockelmann S. 41; Kierski S. 161; Laufs SR S. 79; Lenckner S. 188, a.A. jetzt in Schö.-Schr. § 203 Rn. 29; Peters SGB S. 328; Schlund JR 1977 S. 267, 269; Eb. Schmidt S. 11; Spann S. 249; Stern Med. Klinik 1978 S. 483; Zakrzewski S. 121; kritisch hierzu bereits Müller S. 108 f
- (226) Goedel S. 189 f
- (227) vgl. zum Vorrang des Vertrauensschutzes im Arzt-Patienten-Verhältnis gegenüber den fiskalischen Interessen des Staates BFH NJW 1958 S. 647 u. dazu Spann S. 254; Kohlhaas DMW 1960 S. 977
- (228) vgl. auch S. 44 ff
- (229) LSG Celle DÄBl. 1965 S. 2421
- (230) Narr S. 462
- (231) BSG NJW 1978 S. 1702
- (232) Goedel S. 214; Kohlhaas S. 26; Schlund JR 1977 S. 267; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 29; Woesner NJW 1957 S. 693
- (233) Hertel S. 172
- (234) Burdenski/v.Maydell/Schellhorn zu § 60 S. 426; Schroeter Vorbem. zu I § 60 S. 558
- (235) vgl. S. 48
- (236) dagegen bereits Kohlhaas S. 26 und Woesner NJW 1957 S. 693, die aber beide noch von einer mutmaßlichen bzw. stillschweigenden Einwilligung ausgehen
- (237) Peters Hb § 368 RVO Anm. 10 g; einschränkend Glenewinkel-Baurhenn S. 30; Krauskopf § 368 RVO Anm. 4.6; Zakrzewski S. 129; ablehnend Goedel S. 217 f
- (238) Peters a.a.O.
- (239) siehe Mustervordrucke in Heinemann-Liebold § 20 a.F. BMV-Ä; ebenso Peters Hb § 368 RVO Anm. 10 f
- (240) abgedruckt in DOK 1978 S. 795 ff
- (241) BSG 28,75 zitiert in SozR Aa 4 zu § 368 g; Peters Hb § 368 g RVO Anm. 8 b
- (242) vgl. Liebhardt S. 15; die Anpassung erfolgte zum 1.1.1970
- (243) Heinemann-Liebold § 2 BMV-Ä Anm. 6
- (244) vgl. Fußnote 239
- (245) Heinemann-Liebold § 19 a.F. BMV-Ä Anm. 1
- (246) § 368 g RVO: ".... im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften"; vgl. Peters Hb § 368 g Anm. 2
- (247) Goedel S. 221
- (248) im Ergebnis ebenso Goedel S. 223; Kohlhaas S. 26, DMW 1959 S. 1748, DMW 1960 S. 978; Lenckner S. 188
- (249) Goedel S. 223; Kohlhaas S. 26
- (250) gesetzlicher Notstand § 34 StGB; siehe Wortlaut S. 29
- (251) RGSt 38, 62 f
- (252) BGH NJW 1968 S. 2288; zur Problematik u.a. Schlund JR 1977 S. 268
- (253) ebenso Kohlhaas S. 30; Lenckner S. 183; dem BGH zustimmend Dreher § 203 Rn. 30; Müller S. 80; Narr

- S. 468 f; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 31 m.w.Nachw.
 (254) Spann S. 245
 (255) vgl. Bockelmann S. 41
 (256) Lenckner S. 183
 (257) vgl. S. 31, 32
 (258) vgl. S. 30
 (259) Lenckner S. 183
 (260) Bockelmann S. 41 f; er erachtet als das richtige Mittel zur Ausschaltung untauglicher Kraftfahrer aus dem Verkehr die gesetzliche Anordnung laufender amtsärztlicher Untersuchungen (S. 47 Anm. 43)
 (261) Dreher § 203 Rn. 30; Kohlhaas S. 31; Kreuzer NJW 1975 S. 2236; Maurach S. 248; Müller S. 81; Narr S. 470; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 31; Woessner NJW 1957 S. 694
 (262) Ähnlich Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 33; Bockelmann S. 41 f begründet dies mit Gewohnheitsrecht
 (263) vgl. Zakrzewski S. 94 bei Mitteilung der Ansteckungsgefahr an Angehörige
 (264) vgl. Kohlhaas S. 31
 (265) vgl. auch Narr S. 469
 (266) Becker MDR 1974 S. 890; Bockelmann S. 39; Dreher § 203 Rn. 26; Grömig NJW 1970 S. 1209 ff; Kohlhaas S. 22 ff; Kühne NJW 1977 S. 1482; Laufs NJW 1975 S. 1434 f; Lenckner S. 175 f; Maurach S. 245; Narr S. 472; Rein VersR 1976 S. 120; Schlund JR 1977 S. 267; Eb. Schmidt S. 13; Schö.-Schr.-Lenckner § 203 Rn. 27; Spann S. 248
 (267) Liebhardt/Spann MMW 1965 S. 131; Wolters DÄBl. 1974 S. 3694
 (268) vgl. S. 25, 26
 (269) dazu S. 28
 (270) Kohlhaas S. 24; Narr S. 473
 (271) Kreuzer NJW 1975 S. 2232; Kühne NJW 1977 S. 1478; Narr S. 461
 (272) S. 32 f
 (273) §§ ohne Angaben sind solche des SGB-AT
 (274) Amtl. Begründung BT Drucks. 7/868
 (275) Dembowski §§ 60-67 Allgem. Vorbem. S. 348
 (276) Haines S. 61
 (277) vgl. Brackmann DOK 1976 S. 794; Dembowski §§ 1, 2 Rn. 6 f; Dickmann SGB 1975 S. 171
 (278) Amtl. Begr. BT-Drucks. 7/868 S. 22
 (279) Amtl. Begr. a.a.O. S. 23; Dembowski a.a.O.; Dickmann SGB 1975 S. 170
 (280) Amtl. Begr. BT-Drucks. 7/868
 (281) Brackmann DOK 1976 S. 794; ebenso Dickmann SGB 1975 S. 170
 (282) Burdinski B1StSozArbR 1974 S. 276
 (283) vgl. Brackmann a.a.O. S. 795; Burdinski/v.Maydell/Schellhorn S. 424; Dickmann a.a.O.
 (284) Amtl. Begr. BT-Drucks. 7/868 S. 23
 (285) vgl. v.Maydell NJW 1976 S. 165; Wannagat SGB § 60 Vorbem. 6
 (286) Brackmann DOK 1976 S. 795; Dickmann SGB 1975 S. 169
 (287) so Burdinski/v.Maydell/Schellhorn S. 424; vgl. auch

- Hauck.-H. § 60 Rn. 21
- (288) Dickmann a.a.O.
- (289) Dickmann a.a.O.
- (290) Jahn § 60 Rn. 2
- (291) BSG NJW 1978 S. 1702 ff (1704)
- (292) vgl. § 65 Abs. 1
- (293) Schroeter Vorbem. zu § 60
- (294) vgl. BSG NJW 1978 S. 1702, 1704
- (295) ähnlich Grüner Vorbem. zu §§ 60-67
- (296) Hauck.-H. § 65 Rn. 3; vgl. auch Dembowski § 65 Rn. 1
- (297) Burdinski/v.Maydell/Schellhorn S. 424 spricht von einem "natürlichen Spannungsverhältnis der §§ 60 ff zu den Grundrechten der Art. 1 und 2 GG und zu der Regelung der Geheimhaltung in § 35"
- (298) Dembowski Vorbem. I §§ 60-67 S. 348 f; vgl. auch Burdinski BlStSozArbR S. 273
- (299) Dembowski § 60 Rn. 4 S. 352 und 354
- (300) vgl. Begründung des Bundesrates, abgedruckt in Dembowski S. 354; Schroeter Vorbem. zu I § 60 S. 558
- (301) Peters SGB § 60 S. 500; Rohwer-Kahlmann/Ströer § 60 Rn. 4
- (302) vgl. Grüner § 65 III; Hauck.-H. § 65 Rn. 3; Wannagat SGB § 65 Rn. 3
- (303) Amtl. Begr. in Dembowski S. 384 und ebenda § 65 Rn. 1
- (304) Peters SGB § 60 Z. 2
- (305) Dembowski § 66 Rn. 8
- (306) vgl. § 66 Abs. 3
- (307) Grüner § 66 IV 1
- (308) BSG Urteil v. 28.4.1978 in SozR 2200 § 1243 Nr. 3
- (309) Dembowski § 66 Rn. 15; Grüner § 66 IV 1
- (310) vgl. dazu ausführlich S. 24 ff
- (311) Grüner § 60 III 2; Jahn § 60 Rn. 1
- (312) Burdinski/v.Maydell/Schellhorn S. 426 zu § 60; Schroeter Vorbem. zu I § 60 S. 558
- (313) vgl. Dembowski § 60 Rn. 4; das Gesetz weist selbst bereits auf zu benutzende Vordrucke hin (§ 60 Abs. 2)
- (314) Hauck.-H. § 60 Rn. 12
- (315) vgl. auch Grüner § 60 III 1
- (316) Peters SGB § 60 Z. 5; ähnlich Grüner a.a.O.; Hauck.-H. § 60 Rn. 13; Jahn § 60 Rn. 1
- (317) gegen die Ansicht von Kohlhaas DMW 1959 S. 1183: "Wer Ansprüche stellt, muß sich auch damit abfinden, daß solche Ansprüche bürokratisch behandelt werden" zu Recht Krauß DÄBl. 1972 S. 1160: "Stimmt die in diesen Sätzen zum Ausdruck gebrachte Bewertung des Rechts auf das persönliche Geheimnis wirklich mit der Bewertung überein, die dem Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes selbst im Strafprozeß zugrunde liegt? Drängt sich hier nicht das beklemmende Gefühl auf, daß der Versicherte dieses Recht um ein Linsengericht verkaufen muß?"
- (318) vgl. § 368 n Abs. 5 RVO; § 10 Abs. 2 Gesamtvertrags-Muster Bayern in Heinemann-Liebold IV 112 k
- (319) vgl. §§ 40 Abs. 2, 4 und 31 Abs. 3 BMV-A (DOK 1978 S. 800 f); § 11 Abs. 3 Gesamtvertragsmuster Bayern

a.a.O.

Welche Folgen diese Praxis haben kann, mögen zwei tatsächliche Ereignisse deutlich machen, die U. Glenewinkel-Baurhenn schildert (S. 77 f):

1. Bei einer Kassenpatientin wird eine Gonorrhoe festgestellt. Der Kassenarzt trägt als Diagnose "Gonorrhoe" auf dem Krankenschein ein. Die Patientin ist Angestellte einer kassenärztlichen Vereinigung. In der Arbeitsstelle stößt sie plötzlich auf Abwehr ihrer Kolleginnen. Diese bitten die Geschäftsleitung um Entlassung der Patientin. Sie hatten auf dem zur Abrechnung eingereichten Krankenschein die Diagnose gelesen und aufgrund noch immer bestehender Vorurteile und Unkenntnis Angst vor Ansteckung.

2. Eine Patientin, die sich wegen eines psychischen Dekompensationszustandes infolge länger anhaltender Überforderung und vorübergehenden Medikamenten- und Rauschmittelmisßbrauchs in ärztliche Behandlung begeben hatte, bemerkte bei einem Besuch auf der Krankenkasse auf ihrer dort geführten Krankenkarte deutlich sichtbar den Vermerk: "Medikamentensüchtig". Der Stempel war so groß und deutlich wahrnehmbar, daß die Patientin ihn sehen konnte, obwohl nicht einmal ihre Karte hervorgeholt worden war, sondern eine benachbarte.

- (320) vgl. Krauskopf § 368 e Anm. 1; Naschold S. 128
- (321) Heinemann-Liebold I 54 Anm. 28 zu § 368 n: "Die Prüfung ist eine Aufgabe, die ihrer Eigenart nach nur von Ärzten durchgeführt werden kann."
- (322) näher dazu Krauskopf § 368 e Rn. 2.2
- (323) vgl. deren Darstellung bei Glenewinkel-Baurhenn S. 86 ff
- (324) dazu ausführlich Glenewinkel-Baurhenn S. 45 ff, 82 ff

Literaturverzeichnis

- BECKER, W. Schutz des Privatgeheimnisses im neuen Strafrecht; MDR 1974 S. 888 ff
- BLEI JA 1975 S. 658
- BLEY, H. Sozialrecht, 3. Aufl. 1980, Metzner Verlag Frankfurt
- BLEY in: SGB-Sozialversicherung Gesamtkommentar I; Verlag Chmielorz Wiesbaden
- BOCKELMANN, P. Strafrecht des Arztes, Thieme Verlag Stuttgart 1968
- BOURMER, H. Schweigepflicht und Schweigerecht - aus der Sicht des Arztes, in: Schriftenreihe des Hartmannbundes Bd. 50, Hg. Verband der Ärzte Deutschlands (Hartmannbund) e.V. Bad Godesberg 1973
- BRACKMANN Handbuch der Sozialversicherung Bd. II, Stand 1980, Asgard-Verlag Bonn
- BRACKMANN Die Mitwirkung des Leistungsberechtigten nach dem SGB-AT, DOK 1976 S. 794 ff
- Bundesmantelvertrag (BMV-Ä) i.d.F.v. 28.8.1978, DOK 1976 S. 795 ff
- BURDENSKI, W. Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten und Geheimhaltung, BlSt-SozArbR 1974 S. 273 ff und 337 ff
- BURDENSKI/v.MAYDELL/
SCHELLHORN Sozialgesetzbuch Allg. Teil, Komm. Luchterhand 1976
- CAESAR Sozialversicherung, in: Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft 40. Band, Kohlhammer 1974
- DAHS, H. "Das Anti-Terroristen-Gesetz" - eine Niederlage des Rechtsstaats; NJW 1976 S. 2145 ff
- DEICHGRÄBER, K. Der Hippokratische Eid, Hippokrates-Verlag Stuttgart, 2. Aufl. 1969
- DEMBOWSKI Sozialgesetzbuch Bd. 1, Allgem. Teil, Schriftenreihe zum SGB, Hg. Dembowski u. Schroeder-Printzen, Bund-Verlag Köln 1976
- DICKMANN, H. Mitwirkungspflicht des Leistungsberechtigten im Entwurf des SGB-AT, SGB 1975 S. 168 ff
- DREHER/TRÖNDLE Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 39. neubearb. Aufl., C.H. Beck München 1980

- EXNER, B. Das Berufsgeheimnis des Arztes gem. § 300 des Strafgesetzbuches, Diss. Heidelberg 1909
- FLESCHE, J.W. Das Berufsgeheimnis des Arztes, Diss. Borna-Leipzig 1908
- FORSTER, J. "Mit dem blauen Papier" ein altes Thema behutsam beleben, Süddeutsche Zeitung v. 3./4. Mai 1980 S. 4
- FORUM Forum des Praktischen und Allgemein-Arzt 19 (1980) Nr. 5: Das Prüfverfahren S. 120
- GLENEWINKEL-BAU-RHENN, U. Die ärztliche Auskunftspflicht des Kassenarztes im System der ges. Krankenversicherung, Diss. Kiel 1974
- GOEDEL, U. Pflichten und Berechtigungen des Arztes zur Anzeige und Auskunft gegenüber Dritten als Rechtfertigungsgründe des § 300 StGB, Diss. Freiburg 1970
- GÖPPINGER, H. Die Entbindung von der Schweigepflicht und die Herausgabe oder Beschlagnahme von Krankenblättern, NJW 1958 S. 241
- GRÖMIG, U. Schweigepflicht der Ärzte untereinander, NJW 1970 S. 1209 ff
- GRÜNER SGB, Kommentar und Materialien, Schulz, Percha, Stand Mai 1980
- HAINES, H. Soziale Rechte - ein Beitrag zur Konkretisierung des Sozialstaatsgrundsatzes, in: Das neue SGB, Athenäum-Verlag 1972, Frankfurt
- HAUCK, K. Das neue Sozialgesetzbuch - Werdegang, Gesamtgliederung und Allg.T., in: Das neue SGB, Athenäum-Verlag, 1972, Frankfurt
- HAUCK-HAINES SGB I Allgemeiner Teil, Kommentar-E. Schmidt Verlag, Stand 1.9.1979
- HEINEMANN-LIEBOLD Kassenarztrecht, Bd. II, Engel-Verlag Berlin, 4. Aufl.
- HERTEL, G. Ärztliche Auskunft, C. Fischer, Stuttgart 1966
- HEUSER, H. Schweigepflicht und Schweigerecht des Arztes - aus der Sicht des Gesundheitspolitikers, in: vgl. BOURMER
- HOLLMANN, A. Rechtsgrundlagen der Schweigepflicht und der Befugnis zur Weitergabe med. Daten, in: vgl. BOURMER
- HOLLMANN, A. Formulärmäßige Erklärung über die Entbindung von der Schweigepflicht gegenüber Versicherungsunternehmen, NJW

- 1978 S. 2332 ff
- JAHN, K. SGB für die Praxis, Komm., R. Haufe-Verlag, Freiburg, Stand März 1980
- JANTZ-PRANGE Das gesamte Kassenarztrecht, Komm., Erich Schmidt Verlag
- KAUFMANN, A. Ärztliche Schweigepflicht und bonum commune, in Arzt und Recht 1959 S. 51 ff
- KIERSKI, W.-S. Ärztliche Schweigepflicht und öff. Gesundheitsdienst, in: Die juristische Problematik in der Medizin, Bd. II, Hg. A. Mergen, Goldmann Verlag München 1971
- KLEINWEFERS-WILTS Die ärztliche Schweigepflicht gegenüber Auskunftersuchen der Haftpflichtversicherer, VersR 1963 S. 989 ff
- KOHLHAAS, M. Schweigepflicht des Privatarztes gegenüber dem Versicherungsträger, DMW 1959 S. 1748
- KOHLHAAS, M. Nochmals: Schweigepflicht des Arztes gegenüber dem Versicherungsträger, DMW 1960 S. 977
- KOHLHAAS, M. Medizin und Recht, Urban & Schwarzenberg, München 1969
- KRAUSE Bundessozialgericht und allgemeines Verwaltungsrecht, NJW 1979 S. 1009 ff
- KRAUSKOPF, D. Soziale Krankenversicherung, Komm., 2. Aufl., Stand 1980, C.H. Beck, München
- KRAUSS, P. Aktuelle Probleme der ärztlichen Schweigepflicht, DÄBl. 1972 S. 1156 ff
- KREUZER, A. Die Schweigepflicht von Krankenhausärzten gegenüber Aufsichtsbehörden, NJW 1975 S. 2232 ff
- KÜHNE, H.H. Innerbehördliche Schweigepflicht von Psychologen, NJW 1977 S. 1478 ff
- KUHLMANN Übertragung einer Arztpraxis und ärztliche Schweigepflicht, JZ 1974 S. 670 ff
- LACKNER StGB mit Erläuterungen, 13. Neubearb. Aufl., München, C.H. Beck 1980
- LAUFS, A. Krankenpapiere und Persönlichkeitschutz, NJW 1975 S. S. 1433 ff
- LAUFS, A. Arztrecht, NJW-Schriftenreihe (SR) Heft 29, 1977

- LENCKNER, Th. Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965 S. 321 ff
- LENCKNER, Th. Ärztliches Berufsgeheimnis, in: Arzt und Recht, Hg. H. Göppinger, C.H. Beck, München 1966
- LIEBHARDT, E. Die Problematik der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung, Diss. München 1964
- LIEBHARDT/SPANN Ärztliches Berufsgeheimnis und akademischer Unterricht, MMW 1965 S. 130 ff
- LOUVEN, K. Die Entwicklung des Sozialrechts 1975/76, NJW 1977 S. 2193 ff
- MAURACH-SCHROEDER Strafrecht, Bes. Teil, Teilband 1, Lehrbuch, 6. Aufl. 1977, C.F. Müller, Heidelberg
- v. MAYDELL Der allgemeine Teil des SGB, NJW 1976 S. 161 ff
- MÜLLER, K. Schweigepflicht und Schweigerecht des Arztes, in: vgl. KIERSKI
- NARR, H. Ärztliches Berufsrecht, Dt. Ärzteverlag Köln 1977, 2. Aufl.
- NASCHOLD Kassenärzte und Krankenversicherungsreform, Freiburg, Rombach, 1967
- PETERS, H. Handbuch (Hb) der Krankenversicherung Teil II, Kohlhammer Kommentare
- PETERS, H. SGB-AT, Ausführliche Erläuterungen zum 1. Buch des SGB, Kohlhammer, Stuttgart
- PLACZEK, S. Das Berufsgeheimnis des Arztes, Thieme Verlag, Leipzig 1909
- REIN, D. Die Bedeutung der § 203 ff StGB n.F. für die Private Personenversicherung, VersR 1976 S. 117 ff
- ROHWER-KAHLMANN/
STRÖER SGB I Allgem. Teil, C.H. Beck, München 1979
- SCHLUND, G. Zu Fragen der ärztlichen Schweigepflicht, JR 1977 S. 265 ff
- SCHMIDT, Eb. Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses, in: Schriftenreihe der Ges. für bürgerliche Freiheiten, München, Heft 7, 1951
- SCHMIDT, Eb. Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, NJW 1962 S. 1745 ff

- SCHÖNKE-SCHRÖDER StGB, Kommentar, 20. Aufl., München, C.H. Beck, 1980
- SCHOLMER, J. Die Krankheit der Medizin, Neuwied, Luchterhand 1971
- SCHROETER SGB-Sozialversicherung Gesamtkomm. I; Verlag Chmielorz Wiesbaden
- "Schweigepflicht und Schweigerecht" Schriftenreihe des Hartmannbundes, Bd. 50, Hg. Verband der Ärzte Deutschlands (Hartmannbund) e.V., Bad Godesberg 1973
- SCHWERD Schweigepflicht aus der Sicht des Rechtsmediziners, in: Schriftenreihe der Bayerischen Landesärztekammer, Bd. 40
- SIEGERS, H. Die Kodifizierung des Sozialrechts als Aufgabe der heutigen Gesetzgebung, in: Das neue SGB, Athenäum Verlag 1972
- SOZIALENQUÊTE Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Sozialenquête, Bericht der Soz.-E.-Kommission, erstattet v. Bogs u.a.; Hg. BuMin. für Arbeit und Sozialordnung, Kohlhammer Stuttgart 1966
- SOZIALE SICHERUNG Übersicht über die soziale Sicherung, Schewe u.a., Hg. BuMin. für Arbeit und Sozialordnung, 9. Aufl. 1974
- Sozialgesetzbuch Band 1 Allgem Teil, Schriftenreihe zum SGB, Hg. Dembowski u. Schroeder-Printzen, Bund-Verlag Köln 1976
- SozR Sozialrecht, bearbeitet von den Richtern des BSG, C. Heymann Verlag, Stand 1979
- SPANN, W. Ärztliche Rechts- und Standeskunde, Lehmanns Verlag München 1962
- Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1979, Hg. Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Kohlhammer Stuttgart
- STEINMÜLLER, W. Medizinische Informationssysteme und ärztliche Schweigepflicht, in: vgl. "Schweigepflicht und Schweigerecht"
- STERN, U. Die ärztliche Schweigepflicht im Sozialrecht, Med. Klinik 1978 S. 481 ff
- WANNAGAT, G. Lehrbuch (LB) des Sozialversicherungsrechts, I. Band, Mohr, Tübingen 1965
- WANNAGAT, G. Kommentar zum gesamten Recht des SGB, C. Heymann Verlag 1977

- WESIACK, W. Psychosomatische Medizin in der Praxis des niedergelassenen Arztes, in: Lehrbuch der psychosomatischen Medizin, Hg. Thure v. Uexküll, Urban & Schwarzenberg, München 1979
- WOESNER, H. Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht, NJW 1957 S. 692 ff
- WOLTERS Datenverarbeitung und Vertraulichkeit medizinischer Informationen, DÄBl. 1974 S. 3691 ff
- ZAKRZEWSKI, L. Abgrenzung der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber der Offenbarungspflicht bei Sozialversicherungsträgern und anderen Berechtigten im Bereich der Sozialgesetzgebung, Diss. Würzburg 1968
- ZIRNER, F. Medizinisch-psychologische Untersuchungen und andere ärztliche Maßnahmen zur Unfallprävention, Notfallmedizin 6 (1980) S. 533 ff

Für die Anregung zu dieser Arbeit, die hilfreichen Hinweise und für die Übernahme der Berichterstattung bin ich Herrn Professor Dr. E. Liebhardt zu großem Dank verpflichtet.

Mein bester Dank gilt Herrn Professor Dr. W. Spann, dem Dekan der medizinischen Fakultät und Direktor des Instituts für Rechtsmedizin, für die Übernahme der Mitberichterstattung.

L e b e n s l a u f

Am 1. Juli 1946 wurde ich in Ansbach geboren.

Nach dem Abitur 1965 am Humanistischen Gymnasium in Ansbach leistete ich den Wehrdienst ab.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Würzburg und München legte ich 1972 das Referendarexamen ab.

1975 folgte nach der Referendarausbildung das Assessor-examen.

Das vorklinische Studium der Humanmedizin in Erlangen schloß ich 1978 mit der ärztlichen Vorprüfung ab.

Der klinische Teil des Studiums erfolgte an der TU München.

